Ausführliche Erläuterung
der
Pandecten
nach
Hellfeld
ein Commentar
von

D. Christian Friedrich Glück
geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte
auf der Friedrich = Alexanders Universität
in Erlangen.

Acht und zwanzigsten Theils zweite Abtheilung.

Erlangen
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.
1827.

Fortsetzung des Titels

De agnoscendis et alendis liberis, vel parentibus, vel patronis, vel libertis.

§. 1290. b.

Ist die Ernährung dürftiger Geschwister eine Zwangspflicht, oder edelmüthige Liberalität? Erklärung der dahin gehörigen Gesetzstellen.

Daß viele der berühmtesten Rechtsgelehrten älterer und neuerer Zeit der Meinung sind, Geschwister seyen einander bedürfenden Falls zu ernähren verbunden, ist bereits bemerkt worden. Es kommt also jetzt nur noch darauf an, die Gesetze näher zu prüfen, die man für diese Meinung anzuführen pflegt. Dahin gehört

1) *L. 73. §. 1. D. de iure dotium.* und *L. 20. D. Soluto matrim.* Beyde Gesetzstellen sind schon an einem andern Orte [2]) vorgekommen, und ausführlich erklärt worden. Sie handeln von den Fällen, wo der Mann während der Ehe der Frau die Dos gültig zurückgeben kann, ohne eigne Verantwortlichkeit. Es heißt in diesen Gesetzstellen ausdrücklich: uxori dos reddi *potest*, dos *recte ei solvitur*. Unter diesen Fällen wird denn auch

2) S. den 27. Th. §. 1276. b. S. 246 — 264.

der mit angeführt, wenn die Zurückgabe der Dos während der Ehe geschieht, um nahe Verwandte, die in große Dürftigkeit gerathen sind, z. B. ihre armen Kinder, die sie mit einem andern Manne erzeugt hat, oder ihre dürftigen Eltern, oder Geschwister zu unterstützen. Da also hier von keiner Verpflichtung des Ehemannes, sondern nur davon die Rede ist, was derselbe auf eine erlaubte und gültige Art thun kann; so läßt sich hieraus noch keine Rechtspflicht der Geschwister, im bedürfenden Falle einander zu ernähren, folgern, wenn diese nicht durch andere Gesetze, so wie bey Kindern und Eltern, ausdrücklich begründet ist. Unser Titel handelt nun zwar ausdrücklich von der rechtlichen Zwangspflicht der Eltern zur Ernährung ihrer Kinder, so wie von der gegenseitigen Pflicht der Kinder zur Ernährung ihrer dürftigen Eltern; der Geschwister aber wird in dem ganzen Titel mit keinem Worte gedacht, ohnerachtet der Grund der Alimentationspflicht in der aequitas, caritasque sanguinis gesetzt wird [3]).

2) *L.* 12. §. 3. *D. de administrat. et periculo tutor.* Diese Stelle ist aus des Paulus *libro XXXVIII. ad Edictum* genommen, und lautet, wie folgt.

Cum tutor non rebus dumtaxat, sed etiam moribus pupilli praeponatur: in primis mercedes praeceptoribus, non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituet; alimenta servis libertisque, *nonnunquam etiam exteris, si hoc pupillo expediet*, praestabit: solemnia munera parentibus cognatisque mittet. *Sed non dabit dotem sorori, alio patre natae, etiamsi*

3) *L.* 5. §. 2. *D. h. t.*

aliter ea nubere non potuit: nam etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quae servanda arbitrio pupilli est.

Es ist hier theils von nothwendigen Ausgaben des Vormundes für den Pupillen, besonders solchen, die den Unterricht desselben, und die Alimente für die Sklaven und Freygelassenen desselben betreffen, zuweilen auch wohl für Andere, sofern der Pupill davon Nutzen hat[4]; theils von Ehrengeschenken an Eltern und Verwandten die Rede. Von Alimenten für Geschwister des Pupillen wird kein Wort gesagt, noch weniger die Frage entschieden, ob den Geschwistern eine Zwangspflicht obliege, sich gegenseitig die Alimente zu reichen. Was von der Dotirung der Schwester gesagt wird, ist offenbar Liberalität, und würde eine solche seyn, wenn auch die Schwester keine soror uterina wäre, wie ich schon an einem andern Orte[5]) ausführlicher gezeigt habe. Diese Stelle kann also auch nicht zum Beweise dienen. Wichtiger scheint

3) die *L.* 13. §. 2. *D. eodem* zu seyn, welche aus

4) Das Gesetz braucht den Ausdruck *exteri* im Gegensatz von servi und liberti. Da diese zur Familie eines röm. Paterfamilias gerechnet wurden, *L. ult. Cod. de Verb. Signif.* so werden hier exteri alle diejenigen genennt, welche nicht zur Familie des Pupillen gehörten, und dies konnten denn auch wohl Geschwister seyn, wie Popp Diss. cit. §. 12. sehr richtig bemerkt. Denkt man sich nun den Fall, daß die arme Schwester nachher ein bedeutendes Vermögen erworben, und aus Dankbarkeit den Bruder zum Erben eingesetzt habe; so läßt sich unsere Stelle sehr gut erklären. Man sehe auch Brissonius de Verb. iur. Signif. voc. Exter.

5) S. den 25. Th. §. 1231. S. 99 — 104.

Gaii *libro XII. ad Edictum provinciale* genommen ist. Die hierher gehörigen Worte sind folgende.

In solvendis legatis et fideicommissis attendere debet tutor, ne cui non debitum solvat: nec nuptiale munus matri pupilli, vel sorori mittere. *Aliud est, si matri forte, aut sorori pupilli tutor ea, quae ad victum necessaria sunt, praestiterit, cum semetipsa sustinere non possit: nam ratum id habendum est.*

Hier ist nun zwar freylich die Rede von Alimenten, die der Vormund der armen Mutter, oder der Schwester des Pupillen gereicht hat, weil sie sich selbst zu ernähren nicht vermögend war. Es wird auch gesagt, eine solche Ausgabe sey zu billigen, und zwar mit Recht, weil es einer Pflicht gilt, von welcher zu vermuthen ist, daß der Pupill sich ihrer nicht entziehen würde, wenn er die eigne Verwaltung seines Vermögens hätte. Läßt sich denn aber daraus eine Zwangspflicht folgern?

4) *L. 4. D. Ubi pupillus educari debeat.* Julian, aus dessen *libro XXI. Digestorum* diese Stelle entlehnt ist, sagt hier:

Qui filium heredem instituerat, filiae dotis nomine, cum in familia nupsisset, ducenta legaverat, nec quicquam praeterea; et tutorem eis Sempronium dedit. Is a cognatis et propinquis pupillae perductus ad Magistratum, iussus est alimenta pupillae, et mercedes, ut liberalibus artibus institueretur, pupillae nomine praeceptoribus dare: pubes factus pupillus puberi iam factae sorori suae ducenta legati causa solvit. Quaesitum est, an tutelae iudicio consequi possit, quod in

alimenta pupillae, et mercedes a tutore ex tutela praestitum sit? Respondi, *existimo, etsi citra Magistratuum decretum tutor sororem pupilli sui aluerit, et liberalibus artibus instituerit, cum haec aliter ei contingere non possent, nihil eo nomine tutelae iudicio pupillo, aut substitutis pupilli praestare debere.*

Der Fall, den Julian hier entschieden hat, ist folgender. Ein Vater hatte seinen unmündigen Sohn zum Universalerben eingesetzt, seiner unmündigen Tochter aber hatte er blos 200 zu einem Heyrathsgute vermacht, weiter sollte sie nichts erhalten. Den Kindern gab er den Sempronius zum Vormund. Dieser ward von den Verwandten der unmündigen Tochter vor Gericht gefordert, und ihm vom Magistrat auferlegt, ihr den Unterhalt zu geben, und sie zugleich auf Kosten der Erbschaft in den freien Künsten unterrichten zu lassen, so wie es damals Sitte war, daß auch die jungen Frauenzimmer in solchen Künsten unterrichtet wurden [6]. Nachdem beyde Kinder die Mündigkeit erreicht hatten, zahlt der Bruder seiner Schwester die ihr vermachten 200 aus. Nun entstand aber die Frage, ob nicht der gewesene Pupill gegen den Vormund auf Ersatz dessen klagen könne, was dieser auf die Ernährung und Erziehung der Schwester desselben verwendet hätte. Julian entscheidet diese Frage verneinend. Denn Erstens war der Vormund durch das Decret der Obrigkeit gedeckt. Wenn aber auch Zweytens der Vormund ein solches Decret nicht für sich hätte, so würde man ihm

6) S. *Jac.* Cujacii Commentar. in Lib. XXI. Digestorum Salvii Juliani ad h. L. (in *Operib. postum.* Tom. III. pag. 143. edit. *Fabrot.*)

doch auf jeden Fall diese Ausgabe in der Rechnung, als eine für den Pupillen erfüllte Liebespflicht, müssen passiren lassen. Der Vormund war nun zwar freylich hier vom Magistrate gezwungen worden, der Schwester seines Pupillen die Alimente zu reichen; allein auch daraus folgt noch keine Zwangspflicht für den Bruder zur Ernährung seiner Schwester. Der Tutor war zur Ehre des Pupillen verbunden, die arme Schwester seines Mündels aus der Erbschaft zu unterhalten, und sie ihrem Stande gemäß erziehen zu lassen, weil die Unterlassung dieser Pflicht eine Beschimpfung für den Pupillen gewesen wäre, weshalb der Vormund sogar würde haben belangt werden können, wie folgende Stelle Ulpians ausdrücklich sagt:

5) *L. 1. §. 2. D. de tutelae et rationib. distrahend.* aus desselben *libro XXXVI. ad Edictum.*

Sed et si non mortis causa donaverit tutore auctore, idem JULIANUS scripsit, plerosque quidem putare, non valere donationem: et plerumque ita est: sed nonnullos casus posse existere, quibus sine reprehensione tutor auctor fit pupillo ad deminuendum, decreto scilicet interveniente: *veluti si matri, aut sorori, quae aliter se tueri non possunt, tutor alimenta praestiterit: nam cum bonae fidei iudicium sit, nemo feret*, inquit, *aut pupillum aut substitutum eius quaerentes, cur tam coniunctae personae alitae sint. Quin immo per contrarium putat posse cum tutore agi tutelae, si tale officium praetermiserit.*

Ulpian entscheidet hier aus Julians Digesten, und zwar aus demselben 21sten Buche, aus welchem auch die vorige Stelle genommen ist, bey der Gelegenheit, da Er von der actio tutelae handelt, die Frage, ob diese Klage

gegen den Tutor begründet sey, wenn er zu solchen Geschäften das Pupillen seine Auctorität ertheilt hat, wodurch das Vermögen des Pupillen vermindert wird, und wodurch der Pupill eine bloße Freygebigkeit ausübt? Bey einer Schenkung von Todes wegen, sagt Julian, sey dieses ausser Zweifel; denn hier war die Auctorität des Tutors schon darum unstatthaft, weil ein Pupill eine Schenkung von Todes wegen eben so wenig, wie ein Testament, gültig errichten kann. Aber auch eine Schenkung unter den Lebenden gilt, nach der Meinung der meisten Rechtsgelehrten, in der Regel nicht; doch könne es hier Fälle geben, wo der Tutor, ohne eigne Verantwortlichkeit, dem Pupillen auctor werden kann, nämlich mittelst eines Decrets, wenn gleich sein Vermögen dadurch vermindert werde. Dahin rechnet nun Julian den Fall, wenn der Tutor der Mutter oder Schwester seines Mündels, ob es eine vollbürtige, oder Halbschwester ist, unterscheidet Julian nicht weiter, die Alimente für Rechnung des Pupillen gereicht hat, weil sie zu arm waren, um sich ihren Unterhalt selbst zu verschaffen. Warum diese Ausnahme? der Grund wird aus der Natur der actio tutelae hergeleitet, weil diese ein bonae fidei iudicium ist, bey welcher es nicht blos darauf ankommt, ob der Vormund die Zwangspflichten des Pupillen, sondern auch, ob er die sogenannten Liebes- und Ehrenpflichten desselben, d. h. diejenigen Pflichten, welche man nicht füglich vernachlässigen darf, um im gemeinen Leben für einen honetten Menschen gehalten zu werden, erfüllt habe. Wie könnte also wohl der Pupill, oder desselben Nachfolger, auf rechtliches Gehör Anspruch machen, wenn sie nachher eine solche Handlung des Tutors anfechten wollten? Würde nicht im Ge-

gentheil gegen den Vormund mit Recht Klage aus der Tutel erhoben werden können, wenn er eine solche Pflicht vernachläßiget hätte [7]? Julian scheint zwar dennoch ein Decret zu erfordern; aber wohl mehr zur Sicherheit für den Vormund, weil es doch hierbey auf gewisse nicht immer leicht auszumittelnde Bedingungen ankommt, keineswegs aber aus unerläßlicher Nothwendigkeit, weil sonst Julian sich selbst widersprechen würde, der in der vorigen Stelle ausdrücklich sagte, daß es nicht anders seyn würde, wenn auch der Vormund deshalb kein obrigkeitliches Dekret ausgewirkt hätte. So bietet uns also das Gesetz die Gründe selbst dar, ohne nöthig zu haben, zu der lex Voconia die Zuflucht zu nehmen [8]. Dann mag auch vielleicht dieses Gesetz noch zu Julians Zeiten gegolten haben, weil es Gajus in seinen Institutionen [9]) noch als geltendes Recht zu erwähnen scheint; so hatte es doch wohl gewiß zu Ulpians Zeiten keinen practischen Gebrauch mehr [10]); überdem hatte es

7) Man denke sich noch den Fall, die Schwester, welcher lieblos die Alimente versagt wurden, sey nachher durch glückliche Ereigniße zu einem bedeutenden Vermögen gelangt, und habe deswegen den Bruder im Testament präterirt. Sollte deswegen nicht die actio tutelae gegen den Vormund begründet seyn?

8) S. Popp Disquisit. cit. §. 10.

9) *Commentarior. II.* §. 274. Item mulier, quae ab eo, qui centum millia aeris census est, *per legem Voconiam heres institui non potest*, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest.

10) S. *Maur.* Kind Diss. de Lege Voconia. (*Lipsiae* 1820. 4) Cap. VIII. §. 63. sqq. Zimmern über die lex Voconia; in den römischrechtl. Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung von Neustetel und Zimmern (1. B. Heidelberg 1821.) S. 329. und Hugo

auch auf Julians und Ulpians Entscheidungen gar keinen Einfluß [11]).

Alle bis dahin erklärte Gesetzstellen betreffen also blos die Frage, in wiefern der Vormund, welcher der Mutter oder den Geschwistern seines Pupillen, die in dürftigen Vermögens-Umständen sich befanden, aus dem Vermögen seines begüterten Mündels Unterstützung geleistet hat, diese Ausgabe in Rechnung bringen könne, ohne einen Anspruch dereinst von Seiten seines Pupillen befürchten zu dürfen? und diese Frage wird aus besondern Gründen, die sich auf die Pflichten des Tutors, und die Natur der actio tutelae beziehen, bejahend entscheiden. Da diese Klage ein iudicium bonae fidei ist, so war wohl nichts billiger, als den Vormund gegen dieselbe zu schützen, wenn er für Rechnung seines Mündels Pflichten erfüllt hat, von denen nicht nur zu vermuthen ist, daß der Pupill sie selbst erfüllen würde, wenn er die eigne Verwaltung seines Vermögens hätte; sondern wegen deren Vernachlässigung der Vormund auch sogar selbst dereinst eine Klage von Seiten seines Mündels befürchten müßte. Ein ganz anderes Verhältniß tritt hingegen ein, wenn die Erfüllung einer solchen Pflicht von dem verweigert wird, der die alleinige Disposition über sein Vermögen hat. Hier fehlt es nun ganz an einer bestimmten gesetzlichen Vorschrift, die den begüterten Bruder zur Ernährung seiner armen Schwester verpflichtet [12]). Zwar beruft man sich

Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian. S. 290. der 8. Aufl.

11) S. Thibaut Versuche. 1. B. S. 232.

12) Dennoch wird von Zimmern in der Geschichte des Röm. Rechts bis Justinian. 1. B. 2. Abth. §. 143. S. 523. f. behauptet, selbst die Geschwister könnten be-

6) auf die *Nov. LXXXIX. Cap.* 12. §. 6. wo Justinian sagt:

Si quis autem, cum legitimos liberos habeat, etiam naturales relinquat, eos ab intestato nihil plane habere volumus: sed sancimus, ut naturales a legitimis, uti decet, et pro modo facultatum, a bono viro aestimando alantur.

Allein auch diese Stelle beweist nichts. Denn wenn hier die ehelichen Kinder verpflichtet werden, ihre natürlichen Geschwister zu ernähren, so wird der Grund darin gesetzt, weil letztere ab intestato nichts erben sollen. Da nun der Vater seine natürlichen Kinder zu ernähren verbunden ist; so treten hier die ehelichen Kinder an die Stelle des Vaters, und sind also nicht als Geschwister, sondern als Erben desselben, zur Ernährung der natürlichen Geschwister verbunden. Das Gesetz gehört also gar nicht hierher. Man sieht dieses noch deutlicher daraus, weil solches, wenn auch keine ehelichen Kinder vorhanden sind, der Vater aber eine rechtmäßige Gattin hinterlassen hat, wegen welcher die natürlichen Kinder ebenfalls von der Erbfolge ihres Vaters ausgeschlossen sind, auch andere Erben desselben thun sollen. Es heißt:

Atque hoc ipsum custodiatur, licet quis coniugem, et ex praemortua concubina naturales liberos sibi natos habeat, *ut et illi a successoribus eius alantur.*

Auch im canonischen Rechte findet sich darüber keine bestimmte Vorschrift. Man will zwar

nöthigten Falls zur Versorgung angehalten werden, obwohl die von ihm angeführten Gesetze eben diejenigen sind, welche blos von den Pflichten des Vormundes handeln.

7) das *Cap. 1. X. de cohabitatione Clericorum* hierher ziehen, welches in der Böhmerischen Ausgabe einem Mainzer Concilium vom J. 813 zugeschrieben wird, worin es heißt:

Inhibendum est, ut nullus sacerdos feminas, de quibus suspicio potest esse, (*in doma sua*) retineat: sed neque illas, quas canones concedunt, matrem, amitam, et sororem. — Sed si qua de his necessitatem habuerit: presbyteri habeant in vico aut in villa domum longe a sua conversatione: et ibi eis, quae sunt necessaria, subministrent.

Allein hier wird blos den Geistlichen erlaubt, weibliche Verwandten, welche sie sowenig, als fremde Weibspersonen, bey sich haben sollen, bedürfendenfalls in einem von ihrer Wohnung entfernten Hause aus ihren Amtseinkünften den Lebensunterhalt zu geben, wie schon Gonzalez Tellez [13]) bemerkt hat. Von einer Verbindlichkeit der Geschwister ist keine Rede.

§. 1290. c.

Patronen und Freygelassene. Kirchenpatrone, inwiefern sie Alimente von der Kirche fordern können?

Zwischen Patronen und Freygelassenen hatte bey den Römern fast das nämliche Verhältniß, wie zwischen Eltern und Kindern, Statt. Der Patron ward als Vater des Freygelassenen angesehen [14]). Der Freygelassene nahm auch

13) Commentar. in Decretales ad h. cap. Tom. III. pag. 63.

14) *L. 9. D. de obsequiis parentib. et patronis praestand.* Ulp. *libro LXVI. ad Edictum.* Liberto et filio semper honesta et sancta persona patris ac patroni videri debet. S. Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts bis Justinian. 1. B. 2. Abth. §. 217. S. 789.

den Namen des Patrons an [15]), und gehörte zu dessen Familie [16]) und gens [17]), und weil er durch die Manumission gleichsam ein neues Daseyn erhalten hatte, oder, wie man zu sagen pflegte, ein novus homo geworden war; so konnte er auch von demselben Orte seine origo ableiten, aus welchem der Patron seine Abstammung hatte [18]). Zwar konnten liberti in Rücksicht des Patrons und seiner Familie weder die iura suorum heredum, noch agnationis, noch gentilitatis ansprechen [19]). Denn sie waren nicht in väterlicher Gewalt, und konnten daher auch keine Agnaten haben [20]). Der Patron ward nur

15) *L.* 108. *D. de condit. et demonstr. L.* 9. *C. de liberali causa. L.* 94. *D. de legat. III.* Persius *Sat. V.* v. 78. S. *B.* Brissonii Antiquitat. ex iure civ. Selectar. Lib. I. cap. 11. pag. 25. et ad Eundem *Alb. Diet.* Treckell.

16) *L.* 195. §. 1. *D. de Verb. Signif. L.* 5. *Cod. de Verbor Signif.*

17) S. Alciatus Dispunction. Lib. IV. cap. 3. Brissonius Antiquitat. Lib. II. Cap. 14. pag. 77. edit. *Trekel.* Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts. S. 53. a. E. (der 8. Aufl.)

18) *L.* 6. §. *ult. D. ad Municipalem.* Ulpian. *libr. II. Opinion.* Libertini originem patronorum, vel domicilium sequuntur: item qui ex his nascuntur. — *L.* 22. *pr. D. eodem.* Selbst der ex causa fideicommissi manumissus. *L.* 17. §. 8. *D. eodem* und *L.* 2. *Cod. de Municipibus et Originar.* (X. 38.) S. Brissonius c. l. pag. 78.

19) Cicero *Topicor. cap.* 6. u. *de oratore Lib. I. cap.* 39. S. Trekell ad *Brisson.* c. l. Not. *accepissent.*

20) Theophilus *Paraphr. gr. Instit. Lib. I. Tit.* 17. οὗτοι δὲ ὑπεξούσιοι οὐκ εἰσὶν, ἐκ δουλείας ἐλευθερωθέν-

in Rücksicht des ihm in den XII Tafeln zugesagten Rechts auf den Intestatnachlaß des ohne sui verstorbenen libertus als ein Agnat desselben angesehen [21]), und daher auch in dieser Eigenschaft von der Interpretation vermöge einer durch die Analogie vollkommen gerechtfertigten Folgerung, ad similitudinem agnatorum, zur Tutel gerufen [22]). Allein darin war das Verhältniß zwischen dem Patron und seinem libertus, dem zwischen Vater und seinem Kinde ganz ähnlich, daß der libertus verpflichtet war, seinem Patron und dessen Familie Gehorsam und Achtung zu erweisen [23]); womit denn das Recht des Patrons auf einen Pflichttheil aus dem Nachlasse des libertus [24]), so wie auch der Anspruch des Patrons auf Alimentation in Verbindung stand. Hieraus erklärt sich nun,

τες, ὀυ γὰρ ἔχουσι τοὺς ἀνιόντας. — καὶ πῶς ὁ μὴ ἔχων ἀνιόντας, ἔχειν δύναται τοὺς ἐκ πλαγίου. *Hi autem in patria potestate non sunt, ex servitute manumissi, non enim habent parentes. — Et quomodo, qui parentes non habet, habere potest propinquos a latere?* Auch Ulpianus *Fragm. Tit. XII.* §. 3. sagt: Libertinus nullo modo patri heres fieri potest, qui nec patrem habuisse videtur, cum servilis cognatio nulla sit.

21) S. die Erört. d. Lehre von der Intestaterbfolge. §. 195. und besonders Unterholzner über das patronatische Erbrecht, in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiß. V. B. S. 31. ff.

22) Ulp. *Fr. XI.* §. 3. Idem *L.* 1. *pr. et L.* 3. *pr. D. de legitim. tutor.* Theophilus *cit. loc.*

23) Vid. tot. *Tit. Pand. de obsequiis parentibus et patronis praestandis.* (XXXVII. 15.) et *Tit. Cod. de obsequiis patrono praestandis.* (VI. 6.)

24) Vid. *Tit. J. de successione libertorum.* (III. 7.)

warum in unserm Titel auch von der Ernährung der Patrone gehandelt wird. Diese Pflicht des Libertus beschränkte sich aber nicht blos auf die Person des Patrons, sondern erstreckte sich auch auf desselben Kinder und Eltern. Es lag auch diese Verbindlichkeit der Liberta ob, wie dieses alles aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 5. §. 18. h. t. Ulpianus *libro III. de officio Consulis.* Solent iudices cognoscere et inter patronos et libertos, si de alendis his agatur: itaque si negent, se esse libertos, cognoscere eos oportebit: quod si libertos esse constiterit, tunc demum decernere, ut alant. Nec tamen alimentum decretum tollet liberto facultatem, quo minus praeiudicio certare possit, si libertum se neget.

§. 19. Alimenta autem pro modo facultatium erunt praebenda, egentibus scilicet patronis: ceterum, si sit unde se exhibeant, cessabunt partes iudicis.

§. 20. Utrum autem tantum patroni alendi sint, an etiam patronorum liberi, tractari potest? et puto, causa cognita, iudices et *liberos quoque patronorum alendos* decernere: non quidem tam facile ut patronos, sed nonnumquam et ipsos: *nam et obsequium non solum patronis, verum etiam liberis eorum debere praestari.*

§. 21. Sed et libertus maternus alere cogitur.

§. 22. Si quis a liberti liberto ali se desideret, vel ab eo, quem ex causa fideicommissi manumisit, quemque suis nummis redemit, non

debet audiri: ut et Marcellus scribit: exaequatque eum, qui mercedes exigendo ius libertorum amisit.

Der libertus liberti war nämlich gegen den Patron seines Manumissors zu besondern Leistungen nicht verpflichtet, mithin auch nicht zur Alimentation desselben [25]. Eben so auch derjenige nicht, der die Freyheit ex causa fideicommissi erhalten hatte. Er war zwar libertus seines Manumissors, es mochte nun der Erbe selbst, oder ein Legatar seyn, dem der Testator den Auftrag zur Manumission gegeben hatte [26]; allein der Manumissor konnte von einem solchen Libertus, wie das seit einem Rescript vom Hadrian entschiedener Grundsatz war [27], keine der sonst gewöhnlichen Verpflichtungen, also keine Dienste, keine Alimente, keine dona noch munera, obwohl honorem patronis debitum, verlangen, wenn er sie nicht mit dem Bewustseyn, daß er sie verweigern durfte, übernommen hatte [28]. Nur in Bezug auf Succession in das Vermögen des libertus und Tutel war sein Patronatrecht unbeschränkt [29]. Denn dieß sind vor-

25) S. Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 218. S. 800.

26) §. 2. *J. de sing. rebus per fideicomm. relict. L.* 7. *C. de fideicommiss. libertat.*

27) *L.* 7. §. 4. *D. de operis libertor.*

28) *L.* 47. *D. de operis libertor.* (XXXVIII. 1.) *L.* 9. *D. de in ius voc. L.* 2. *L.* 5. *Cod. de operis libert.* (VI. 3.)

29) *L.* 3. §. 1. *D. de legitim. tutor.* Ulpian. *lib. XXXVIII. ad Edictum.* Ergo manumissor ex lege XII. tabularum tutor est, sive sponte manumisit, sive etiam compulsus *ex causa fideicommissi* manumisit. *L.* 29.

züglich die Rechte, welche derjenige behielt, der sich's gefallen lassen muste, daß der Sklave frey sey, sofern nicht der Testator selbst das plenum ius patroni ihm vorbehalten haben wollte [30]). Eine gleiche Bewandniß hatte es mit einem solchen Libertus, quem quis suis nummis redemit. Eigentlich wird *suis nummis emtus* ein solcher Sklave genennt, zu dessen Ankauf derjenige, welcher sich als Käufer darstellte, kein eigenes Geld gegeben, sondern der gleich Anfangs mit der Absicht, daß er den Käufer, der also gar kein wahrer Käufer war, sondern nur zum Schein den Namen dazu hergab, nichts koste, war erworben worden [31]). Ein solcher Sklave

pr. D. de bonis libertorum. Marcianus *libro IX. Institutionum.* Qui *ex causa fideicommissi* manumittitur, est quidem libertus manumissoris, et tam *contra tabulas*, quam *ab intestato* ad bona eius venire potest *quasi patronus:* sed operas ei imponere non potest, nec impositas ab eo petere. Oiselius ad Gaii *Institut.* Lib. II. Tit. 7. §. 7. Not. 29. und Zimmern §. 203.

30) *L.* 29. §. 1. *D. de bonis libertor.* Sed si defunctus filio suo legavit servum, et rogavit, ut eum manumittat, ea mente, *ut plenum ius patroni habeat:* defendendum est, postea eum operas iure imponere.

31) *L.* 4. §. 1. *D. de manumission.* Ulp. *libro VI. Disputation.* Et primo quidem nummis suis non proprie videtur emtus dici, cum suos nummos servus habere non possit. Verum conniventibus oculis credendum est, *suis nummis eum redemtum*, cum non nummis eius, qui eum redemit, comparatur. Proinde sive ex peculio, quod ad venditorem pertinet, sive ex adventitio lucro, sive etiam amici beneficio, vel liberalitate, vel prorogante eo, vel repromittente, vel se delegante, vel in se recipiente debitum redemtus sit;

konnte vermöge einer *epistola Divorum Fratrum ad Urbium Maximum*, wie Ulpian [32]) lehrt, seine Freylassung gerichtlich erzwingen. Denn es war im Grunde nur ein imaginärer, nicht sowohl den Erwerb, als die Freiheit des Sklaven bezweckender Kauf [33]). Ein solcher Libertus war also auch dem Patron zu nichts verbunden, weil er ihm nichts zu verdanken hatte [34]). Ganz von diesem verschieden war derjenige Sklave, welcher von seinem Herrn gegen Empfang einer Summe Geld war freygelassen worden. Gegen diesen behielt der Manumissor alle Patronatrechte [35]). Denn da es doch von ihm ab-

credendum est, *suis nummis eum redemtum*: satis est enim, *quod is, qui emtioni suum nomen accommodaverit, nihil de suo impendit*. §. 2. Si ab ignoto emtus sit, postea autem pretium suum obtulerit, dicendum erit, non esse audiendum: *ab initio enim hoc agi debet*, *ut* IMAGINARIA *fieret* EMTIO, et per fidem contractus inter emtorem et servum agatur.

32) *L*. 4. *pr*. *D*. *de Manumiss*. ULP. *eod*. Is, qui *suis nummis* emitur, *epistola Divorum fratrum ad Urbium Maximum* in eam conditionem redigitur, ut libertatem adipiscatur. Add. *L*. 5. *pr*. *L*. 19. *in fin*. *D*. *eodem*.

33) *L*. 4. §. 2. *et* 7. *D*. *eodem*.

34) *L*. 8. *C*. *de operis libertor*. (VI. 3.) *L*. 1. *Cod*. *de bonis libertor*. (VI. 4.)

35) *L*. 1. *C*. *cit*. Impp. SEVERUS et ANTONINUS. Multum interest, utrum quis *suis nummis emtus* ac manumissus sit ab emtore, an a domino suo *data pecunia* mereatur libertatem. Priore enim casu ad bona eius contra tabulas admitti patronum non placet: *posteriore vero omnia iura patronatus retinet*. S. Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts bis Justinian. 1. B. 2. Abth. §. 217. S. 792 und 793.

hing, ob er für das ihm angebotene Geld den Sklaven manumittiren wollte, so hatte ihm der Libertus doch insofern seine Freyheit zu verdanken. Etiamsi non gratuitum, sagt Marcellus [36]), beneficium tamen praestitit. Weil aber der Herr, wenn er einmal das Geld angenommen hatte, dem Sklaven eben so wie demjenigen, qui suis nummis redemtus est, die Freyheit zu geben gerichtlich genöthiget werden konnte; so war ihm der Manumissus eben so wenig wie der, welcher ex causa fideicommissi die Freyheit erhalten hatte, zu den sonst gewöhnlichen Leistungen verpflichtet, also nicht zu operae, alimenta, u. d. wohl aber war er zur verecundia obsequii, und honor patronis debitus gehalten [37]). Einem Patron, der einen Sklaven manumittirte, quem suis nummis redemit, setzt Marcellus in unserm §. 22. denjenigen gleich, *qui mercedes exigendo ius libertorum amisit.* Wer bey der Freylassung sich zur Vergeltung der ertheilten Freyheit Dienste vorbehielt, und solche entweder wirklich forderte, oder auch nur dadurch geltend machte, daß er sich dieselben abkaufen ließ, verlor als Patron nicht nur die partis bonorum possessio, wenn der Libertus ein Testament machte, sondern auch sein Recht auf Intestaterbfolge [38]). Der Patron hatte jedoch zwischen beyden die Wahl [39]). Ein

36) *L. 3. D. de obsequiis parentib. et patronis praestand.*

37) *L. 2. L. 3. Cod. de operis libertorum. L. 9. et 10. D. de in ius vocando.*

38) *L. 37. pr. D. de bonis libertor. L. 4. Cod. de operis libertor. L. 7. pr. Cod. Theod. de testam.* (IV. 4.) *L. 2. Cod. Just. de Bon. poss. contra tabb. liberti.* (VI. 13.)

39) *L. 20. Dig. de iure patronat. L. 2. C. de B. P. contra tabb. lib.*

solcher libertus aber, dem dieses Versprechen onerandae libertatis causa war abgenommen worden, erlangte dadurch liberam testamentifactionem[40]), d. h. er brauchte nicht mehr die partis bonorum possessio gegen sein Testament zu fürchten[41]), und war dann auch frey von der Alimentationspflicht, obwohl dem Patron zum Obsequium verbunden[42]). Hatte sich der Patron bey der Manumission nicht Dienste, sondern statt der operarum eine Geldabgabe (merces, pretium) versprechen lassen, so war ein solches Versprechen nach der Lex *Aelia Sentia* ungültig[43]). Wenn nun diese Abgabe dennoch war entrichtet worden, so gingen die iura patronatus, und auch insonderheit das Successionsrecht des Patrons verloren[44]). Nach einer Verordnung der Kaiser Severus und Antoninus[45]) konnte jedoch der Patron, statt der

40) *L.* 41. *D. de operis libertor. L.* 4. *Cod. eodem.*

41) *L.* 2. *C. de bon. poss. contra tabulas liberti.*

42) *L.* 41. *D. de operis libertor.* S. *Jac.* Cujacii Commentar. in libr. V. Responsor. Papiniani ad h. L. (*Oper. postum* a Fabroto editor. Tom. I. p. 120 sq.)

43) *L. ult.* §. 1. *D. Qui et a quibus manumissi.* S. Heineccii Antiquitat. Rom. iurispr. illustrant Syntagm. Lib. I. Tit. 6. §. 12. Cap. XI. L. Ael. Sent. pag. 108. (edit. *Haubold.*) Das Versprechen einer Alternative, Dienste oder Geld, war dem Gesetz nicht entgegen. *L.* 6. §. 1. *D. de iure patronat. L. ult.* §. 2. *D. Qui et a quib. manumissi.*

44) *L.* 32. *D. de operis libertor. L.* 3. §. 4. *D. de bonis libertor.* S. Unterholzner über das patronatische Erbrecht, in der Zeitschr. B. 5. S. 101 f. und Zimmern Geschichte 1. B. 2. Abth. § 218.

45) *L.* 1. *Cod de operis libertor.* Si tempore manumissionis operae tibi impositae sunt: scis te eas prae-

bey der Manumission ihm versprochenen Dienste, die Aestimation fordern, wenn er sie wegen seiner Armuth zu Alimenten nöthig hatte.

Noch sind folgende Gesetzstellen in unserer *L. 5. h. t.* übrig, die von der Alimentationspflicht der Freygelassenen gegen ihre Patronen handeln.

§. 25. Sed et *liberta* cogitur patronum alere.

§. 25. De alimentis patroni arbiter solet dari, arbitraturus: quantum sit in facultatibus: ut perinde possint alimenta moderari: quae tam diu praestabuntur, quamdiu liberto supersit, patrono desit.

§. 26. *Patrem* et *matrem patroni*, cum patronus et filii eius minime supersint; alere egentes [46], ipsi si idonei facultatibus sunt, coguntur.

stare debere. Solet autem inter patronos et libertos convenire, ut pro operis aliquid praestetur: licet *pretium* peti non possit, *nisi quando propter inopiam pro alimentis id extra ordinem peti necessitas suaserit*: cum etsi operae non erant impositae, defectis tamen facultatibus patroni, eum alere cogebaris.

46) Die Lesart ist hier verschieden. Haloander hat statt egentes, *liberti ipsi*, und schließt die Worte: si idonei facultatibus sint, in Klammern ein. Eben so *Lud.* Miraeus. Andere lesen: egentes ipsi *liberti*, (si idonei facultatibus sint) coguntur; z. B. Baudoza Cestius, *Guil.* Merlinus, Simon van Leeuwen, und eben so *Jo. Lud. Guil.* Beck, nur daß er nach egentes ein Komma macht. In der göttingischen Ausgabe ist nach egentes ipsi, das Komma gemacht. Allein dieß ist eine offenbar unrichtige Interpunction. Bey Taurellius steht das Komma nach egentes, ihm folgen auch Rus-

L. 9. *h. t.* Paulus *libro singulari de iure patronatus.* In bonis superstitum libertorum nullum omnino ius patroni liberive patronorum habent: nisi si tam esse se infirmos, tamque pauperes praesidibus probaverint, ut merito menstruis alimentis a libertis suis adiuvari debeant. Idque ius ita plurimis Principum constitutionibus manifestatur.

Konnte der Freygelassene sich selbst nicht ernähren, so war zwar der Patron dazu verpflichtet, weil er ihn in Stand setzen muste, die libertatis causa imposita zu erfüllen[47]). Dennoch konnte der Patron zur Alimentirung seines Libertus nicht gezwungen werden; sondern versagte ihm der Patron die Alimente, so verlor letzter nach Vorschrift der Lex *Aelia Sentia* das Recht auf Dienstleistung des Freygelassenen, so wie auf desselben Nachlaß, sofern er nicht etwa doch von dem libertus zum Erben war eingesetzt worden[48]), und nach einem Rescript des Kaisers Alexander verlor er das ganze Patronatrecht[49]). Hierher gehört nun noch

sard, Charondas, Pacius, und Hugo *a* Porta; und dieß ist unstreitig die richtigere Leßart.

47) *L.* 18. *L.* 20. *pr. L.* 21. *L.* 33. *L.* 50. *D. de operis libertor.*

48) *L.* 33. *D. de bonis libertor.* Modestinus *libro sing. de Manumissionibus.* Si patronus non aluerit libertum, *lex Aelia Sentia* adimit eius libertatis causa imposita, tam ei, quam ipsi, ad quem ea res pertinet: item hereditatem ipsi, et liberis eius, nisi heres institutus sit: et bonorum possessionem, praeterquam secundum tabulas. Vergl. noch *L.* 20. *pr. D. de operis libertor.* und Heineccii Antiquitat. Rom. iurisprud. illustrant. Synt. Lib. I. Tit. 6. §. 12. Cap. XV. Leg. Ael. Sentent. pag. 110. edit. *Haubold.*

L. 6. D. h. t. MODESTINUS *libro singulari de Manumissionibus.* Alimenta, liberto petente non praestando, patronus *amissione libertatis causa impositorum*, et *hereditatis liberti* punietur: non autem *necesse habebit* praestare, etiam si potest.

* * *

Bey Gelegenheit der römischen Patronen kommt Hellfeld auf die von jenen ganz verschiedenen Kirchenpatronen. Man sagt, nach Aehnlichkeit des römischen Patrons solle die reiche Kirche den verarmten Patron ernähren [50]. In Gratians Decret *Can.* 29. *Caus. XVI. Qu.* 7. heißt es:

Si vero fundatores ecclesiarum ad inopiam vergere coeperint, ab eisdem ecclesiis temporalis vitae suffragia percipiant.

49) *L.* 5. §. 1. *D. de iure patronat.* MARCIANUS *libro V. Institutionum.* Imperatoris nostri rescripto cavetur, ut, si patronus libertum suum non aluerit, ius patroni perdat. S. WESTENBERG Princip. iuris secund. ord. Dig. h. t. §. 28. und Zimmern Geschichte des R. Privatrechts 1. B. 2. Abth. §. 218. S. 800. Daß unter dem Imperator noster kein anderer zu verstehen sey, als der K. Alexander Severus, hat *Ant.* QUINTANADUEGNA de iurisdict. et imperio Lib. I. Tit. 10. nr. 13 et 14. (in *Th. Meerman.* Tom. II. pag. 256.) gezeigt. Man sehe auch *Ger.* OELRICHS Diss. de vita, studiis, honoribus, et scriptis *Aelii Marciani* ICti. (*Traj. ad Rhen.* 1754) Cap. III. §. 6.

50) S. *Jo. D'*AVEZAN Diss. de patronatu iuris pontificii Cap. VI. (in *Th. Meerman.* Tom. IV. pag. 365.) und Schmalz Handbuch des canonischen Rechts. §. 369.

Diese Worte sind in den gemeinen Ausgaben des *Corp. iur. canon.* mit einem Text verbunden, der in der Ueberschrift dem Pabst Leo *IV.* zugeeignet wird, mit diesem aber gar keinen Zusammenhang haben. Mit Recht hat daher schon Franz Florens[51]) bemerkt, daß dieses die eigenen Worte Gratian's sind, wie auch die Glosse nicht undeutlich zu erkennen giebt. Car. Sebast. Berardi[52]) hat dieses noch aus andern Gründen erwiesen. Der eigentlich hierher gehörige Canon ist der folgende *can.* 30. wodurch Gratian seinen Satz bestärkt. In den gemeinen Ausgaben des Decrets lautet er so. Unde in *Concilio Toletano quarto* c. 37. legitur (anno 633. in *Hispania.* Concil. Tom. III. pag. 588. nach Böhmers Ausgabe).

Quicunque fidelium devotione propria de facultatibus suis Ecclesiae aliquid contulerint, si forte ipsi, aut filii eorum redacti fuerint ad inopiam, ab eadem ecclesia suffragium vitae pro temporis usu percipiant.

Betrachten wir diesen Canon, von dem uns Gratian hier nur ein Fragment geliefert hat, im Zusammenhange, so war es eigentlich nicht die Meinung der Väter des Toletanischen Conciliums, den Kirchenpatronen hier vorzugsweise und aus besonderer Begünstigung das Recht zu ertheilen, daß sie im Falle der Verarmung ihren Unterhalt aus den Einkünften der Kirchengüter sollten verlangen können. Es sollen vielmehr diese Wohlthat alle

51) Oper. cura *Ign. Christph.* Lorber *a* Stoerchen edit. Tom. II. pag. 121.

52) Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti, corrupti ad emendatiorum Codicum fidem exacti etc. P. II. Tom. II. Cap. 72. pag. 205. edit. *Venet.*

Armen zu genießen haben. Sie folgern nur daraus, daß es um so mehr diejenigen als ein Recht ansprechen könnten, welche zur Kirche aus ihrem Vermögen etwas beygetragen haben [53]). Der Canon selbst lautet in dem Zusammenhange, aus welchem er gerissen ist, wie folgt [54]).

Praebendum est a Sacerdotibus vitae solatium indigentibus, et maxime his, quibus restituenda vicissitudo est. *Quicunque ergo fidelium de facultatibus suis Ecclesiae aliquid devotione propria contulerunt, si forte ipsi, aut filii eorum redacti fuerint ad inopiam, ab eadem Ecclesia suffragium vitae* [55]) *pro temporis usu percipiant.* Si enim Clericis, vel Monachis, seu peregrinis, aut quamlibet necessitatem sustinentibus pro solo religionis intuitu in usum res ecclesiasticae largiuntur, quanto magis his consulendum est, quibus retributio iusta debetur.

Hier erscheint also das Alimentationsrecht der Kirchenpatrone nur in sofern als ein Privilegium, daß unter den Hülfsbedürftigen vorzüglich auf verarmte Kirchenpatrone Rücksicht genommen werden soll, um Wohlthaten

53) S. Berardus c. l. P. I. Cap. 17. ad can. cit. 30. p. 190.

54) S. Harduini Concil. Tom. III. pag. 587.

55) Der Ausdruck *suffragium vitae* bedeutet hier so viel als Lebensunterhalt. Er kommt in dieser Bedeutung auch im *Concilio Toletano II. can.* 3. vor. S. *Car. du* Fresne Glossar. ad Scriptor. mediae et infimae Latinitat. Tom. II. P. III. Voc. *Suffragium.* und *Jo.* Dartis Commentar. in Decretum Gratiani P. II. ad Caus. XVI. Qu. 7. c. 29 et 30. (*Oper. canonicor.* Paris 1656. f. P. I. pag. 219.)

mit Wohlthaten zu vergelten [56]. Erst in der Folge erklärte man den toletanischen Canon einschränckend blos von Kirchenpatronen, so wie ihn auch hier Gratian genommen hat [57]. Diese Erklärung bestätigte Pabst Clemens *III.* in dem *Cap.* 25. X. *de iure patronatus*, wo er die Vorrechte der Kirchenpatronen bestimmt, und unter andern anführt:

Pro fundatione quoque Ecclesiae honor processionis fundatori servatur: et, *si ad inopiam vergat, ab Ecclesia illi modeste succurritur*, sicut in sacris est canonibus institutum.

Das Alimentationsrecht steht also dem Patron in Rücksicht der, durch die Fundation, der Kirche erzeigten Wohlthat zu, und erstreckt sich auf Frau und Kinder desselben. Ob es aber auch den Erben, und solchen Patronen zustehe, welche ihr Patronatrecht nicht durch Fundation, noch durch Abstammung von dem Fundator, sondern auf andere Art erworben haben, ist streitig. Einige [58] halten sich streng an die Worte der Gesetze, und wollen es nur dem Stifter und seinen Descendenten gestatten. Andere [59] hingegen behaupten richtiger, daß dieses Recht, seitdem das Patronatrecht erblich geworden, allen denjenigen zu-

56) S. Berardus c. l. pag. 190.

57) S. Florens c. l. pag. 121. *Just. Henn.* Boehmer Jur. eccles. Protest. Tom. III. Lib. III. Tit. 38. §. 18 et 141. und *Jo. Sal.* Brunquell Diss. de utilibus patronorum iuribus. §. 45. (in *Opuscul.* ab *Henr. Jo. Ott.* Koenig edit. *Halae* 1774. 8. Nr. XXVI. pag. 906.)

58) Leurenius forum beneficial. P. II. Quaest. 106. Brunquell Diss. cit. §. 48. not. f. et §. 54.

59) *Car. Sebast.* Berardi Commentarior. in ius eccles. univ. Tom. II. Diss. IV. Cap. 7. §. 122. (edit. *venetian.*)

steher müße, welche in die Rechte des Stifters der Kirche eingetreten sind. Hiermit widerlegt sich denn auch die Meinung derjenigen [60]), welche behaupten, das Alimentationsrecht des Patrons sey ganz persönlich, und verbleibe dem Stifter der Kirche, so wie den Descendenten deßelben, wenn auch gleich das Patronatrecht einem Andern wäre übertragen worden. Nein, nur dann, wenn er sich seines Präsentationsrechts zu Gunsten der Kirche begeben, und sie dadurch zu einer freien Kirche gemacht hat, verbleibt ihm das Alimentationsrecht [61]). Will jedoch der Kirchenpatron dieses Recht geltend machen, so muß er darthun, daß er ohne seine Schuld verarmt, und ihm sonst keine andere Hülfsquelle übrig sey [62]). Es wird ferner vorausgesetzt, daß die Kirche zuvor ihre eigenen Bedürfnisse bestritten habe, um von dem, was Uebrig ist, dem Patron die Alimente zu reichen [63]). Da dieses selten der Fall ist, so wird auch gewiß der Fall zu den seltensten gehören, wo der Patron von der Kirche unterhalten wird. Uebrigens hat es keinen Zweifel, daß dem Patron

60) *Franc. de* Fargna Comment. de iure Patronatus Tom. II. fol. 298. nr. 10. *Zeg. Bern. van* Espen Juris eccles. univers. P. II. Sect. III. Tit. VII. Cap. 6. §. 8. (*Oper.* Tom. III. pag. 76. edit. *Gibert.*) Pehem Praelection. in ius eccles. univ. P. II. §. 271. und Brunquell cit. Diss. §. 48.

61) Berardus c. l. pag. 123.

62) Berardus c. l. Brunquell Diss. cit. §. 52. et 54.

63) *Ant.* Schmidt Institution. iuris eccles. German. Tom. II. § 62. Brunquell Diss. cit. §. 50. Wiese Handbuch des gemeinen in Teutschland üblichen Kirchenrechts. 2. Th. §. 224. S. 427.

nicht blos natürlicher, sondern standesmäßiger Unterhalt gebührt [64]).

§. 1290. d.

Oeffentliche Armen-Anstalten, insonderheit bey den Römern. Alimentarii. Leges alimentariae. Tabula Trajana.

Ist Niemand vorhanden, der sich der Unterhalts-Bedürftigen anzunehmen rechtlich verbunden ist, auch Niemand, der sich aus Mitleid und Nächsten-Liebe derselben annimmt; so müßen sie aus der öffentlichen Armen-Casse, oder von der Gemeinde, zu welcher sie gehören, oder in solchen öffentlichen Anstalten versorgt werden, die vom Staate zur Unterhaltung der Armen und Hülfsbedürftigen gestiftet worden sind. Zu diesem Zweck dienen die Armen- und Wittwen-Häuser, die Findel- und Waysenhäuser, die Hospitäler und Kranken-Häuser, dergleichen überall in Deutschland befindlich sind [65]).

Auch bey den Römern gab es öffentliche Armen-Anstalten. Es gab 1) Versorgungs-Anstalten für arme Waisen-Kinder, welche aus kaiserlichen Stiftungen erzogen und unterhalten wurden. Solche Staats-Zöglinge, Knaben und Mädchen, hießen *Alimentarii* [66]). Derselben ge-

64) S. van Espen c. l. §. 7. (*Opp.* Tom. III. pag. 76.) und *Jo. D'*Avezan Diss. cit. de iure patronat. Cap. 6. (in *Th. Meerman.* Tom. IV. pag. 365.)

65) S. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. 324. Bernegger Diss. de alimentis, eorumque computatione in detrahenda Q. Falcidia. *Altdorfii* 1720. Cap. II. §. 8. und Fried. von Bülow und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 3. B. Erört. XXIV.

66) S. *Phil.* Rubenius Elector. Lib. II. cap. 36. *Jo. Erh.* Kapp Progr. de Alimentariis. *Lipsiae* 1735. beson-

denkt nicht nur Capitolinus [67]), sondern ihrer wird auch in den Inscriptionen bey Reinesius [68]) gedacht. Kaiser Nerva war der erste, welcher eine solche Stiftung für Knaben und Mädchen armer Eltern machte [69]). Auf einer Inscription bey Reinesius [70]) kommen die *puellae* Divi Nervae mit ihrem Vorgesetzten, dem Quaestor alimentorum, vor. Seinem Beyspiele folgte der noch viel gütigere Kaiser Trajan. Zu seinem Lobe sagt Plinius [71]): Et quamquam laetissimum oculis tuis esset, conspectu Romanae sobolis impleri, omnes tamen, antequam te viderent adirentve, recipi, incidi iussisti, *ut iam inde ab infantia parentem publicum munere educationis experirentur:* crescerent de tuo, qui crescerent tibi, *alimentisque tuis ad stipendia tua pervenirent, tantumque omnes uni tibi, quantum parentibus suis quisque deberet.* Von der Sorge dieses Kaisers für die Armen rühmt ferner Plinius [72]): Paulo minus, Patres Conscripti, *quinque millia ingenuorum* fuerunt, quae *liberalitas Principis nostri* con-

ders *Chr. Henr.* Paufler Specim. I. et II. de pueris puellisque alimentariis. *Dresdae* 1809 et 1810. 4.

67) *In vita Antonini Pii.* Cap. 8.

68) Inscription. Class. VI. nr. 24.

69) Aurel. Victor *Epitom. de Caesaribus.* Cap. 12. Puellas puerosque, natos parentibus egestosis, sumtu publico per Italiae oppida ali iussit. S. Trotz de Memoria propagata. Lib. I. Cap. 3. pag. 224.

70) L. cit.

71) *Panegyric.* Cap. 26.

72) *Panegyr.* Cap. 28.

quisivit, invenit, adscivit. Hi subsidium bellorum, ornamentum pacis, *publicis sumtibus aluntur;* patriamque, non ut patriam tantum, verum ut *altricem* amare condiscunt. Diese Wohlthätigkeit Trajans ist auch von den Alten sowohl auf Steinschriften[73]), als auf eigenen darauf geprägten Münzen[74]) gepriesen worden. Die Inscriptionen auf Stein nennen diese Zöglinge Trajans nach seinem Vornahmen Ulpiani. Man hat auch von diesem Trajan eine metallene Tafel, welche im Jahre 1747. zu Mazinesso im Piazenzischen unter den Ruinen der Stadt Velleja aufgefunden worden, und unter dem Namen *tabula alimentaria*, oder *tabula Trajana* bekannt ist. Sie enthält ein vom Kr. Trajan bestätigtes Verzeichniß der für eine zur Alimentation mehrerer hundert armer Kinder hergeschossene Summe von einer Million Sesterzen (gegen 70,000 Thaler) verpfändeten Grundstücke, weshalb sich die Inschrift selbst *Obligatio praediorum* nennt[75]). Daß sich diese Wohl-

73) S. *Thom.* Reinesius cit. loc. Trotz cit. loc. Rubenius c. l.

74) *Laur.* Patarolius und *Christ. Gottl.* Schwarz haben diese Münzen ihren trefflichen Ausgaben von des Plinii Panegyricus Tab. I. Nr. 8. et 9. beygefügt.

75) Sie wurde zuerst im Jahr 1749 von Muratori edirt und erläutert. Dann von Maffei, dann von Terrasson, ausführlicher noch von Pittarelli *Turini* 1790. 4. S. Hugo Civilist. Magazin 2. B. S. 432. und *Christ. Gottl.* Haubold Institutiones iuris Rom. litterariae Tom. I. (*Lips.* 1809.) §. 107. Nr. V. pag. 291. sq. Folgende Schriften sind hier noch merkwürdig. Stieglitz Progr. de usu et praestantia tabulae Trajanae in iure Rom. *Altdorfii* 1757. 4. Fried. Aug. Wolf von einer milden Stiftung Trajans, vorzüglich nach In-

thätigkeits-Anstalt über einen großen Theil von Ober-Italien erstreckt habe, läßt sich schon daraus abnehmen, weil auf den, dem Trajan zu Ehren, geprägten Münzen, diese Staatszöglinge *Alimentarii Italiae* genennt werden. Es beweist dieses auch eine Stelle aus Xiphilinus [76]), welcher vom Trajan sagt: *Civitatibus Italiae multa largitus est ad educationem liberorum, in quos magna beneficia contulit.* Joseph Pittarelli [77]) hat dieses noch aus mehreren geographischen Notizen erwiesen. Der Kaiser Hadrian begünstigte diese Stiftung noch mehr [78]),

schriften, nebst der lateinischen Stiftungsurkunde. Berlin 1808. 8. Hegewisch über die glückliche Epoche in der Römischen Geschichte. S. 151. ff. besonders Tavola alimentaria Velejate, detta Trajana, restituita alla sua vera lezione, da *Pietro de* Lama, Prefetto del Ducale Museo, con alcune osservazioni del medesimo. *Parma* 1819. 4. und *Ern.* Spangenberg Juris Rom. tabulae negotiorum sollemnium, modo in aere, modo in marmore, modo in charta superstites. (*Lipsiae* 1822. 8.) Nr. VII. pag. 307—311.

76) *Excerpta Lib. LXVIII.*

77) Della celebratissima tavola alimentaria di Trajano. *Turin.* 1790. 4.

78) *Ael.* Spartianus *in Adriano Imp.* Cap. 7. Pueris ac puellis, quibus etiam *Trajanus* alimenta detulerat, *incrementum liberalitatis adiecit.* Dieses incrementum liberalitatis bestand nicht sowohl in einer Vermehrung der Anzahl dieser Staatszöglinge, sondern entweder in Erweiterung des Alters, bis zu welchem sie die Wohlthat der Alimentation zu genießen haben sollten, wie *Em.* Merillius Observation. Lib. III. Cap. 29. und *Jos.* Averanius Interpretation. iuris Lib. V. Cap. 9. nr. 3. gezeigt haben; oder das incrementum bestand darin, daß die alimentarii, außer ihrem gewöhnlichen

indem er zugleich das Gesetz gab, daß die Knaben bis zum achtzehnten, die Mädchen aber bis zum vierzehnten Jahre diese Wohlthat der Alimentation zu genießen haben sollten [79]). Diese Anstalt dauerte unter Antoninus Pius fort, welcher, wie sein Biograph Julius Capitolinus [80]) erzählt, die von ihm angenommenen puellae alimentariae, seiner Gemahlin Faustina zu Ehren,

Unterhalt, auch noch zu gewissen Zeiten, z. B. an gewissen Festen, etwas ausserordentliches, z. B. eine Portion Wein oder sonst Etwas ausgetheilt bekamen, wie *Ev.* Otto de Aedilibus Coloniar. et Municipior. Cap. VIII. §. 5. pag. 294. aus einer alten Inschrift von Stein bey Gruterus Inscription. pag. 461. geschlossen hat.

79) *L.* 14. *D. de aliment. legat.* (XXXIV. 1.) Si quis exemplum alimentorum, quae dudum pueris et puellis dabantur, velit sequi: sciat Hadrianum constituisse, ut pueri usque ad *decimum octavum*, puellae usque ad *quartum decimum annum* alantur. Vermuthlich erhielten die Alimentarii nach der Stiftung Trajans den Unterhalt nur bis zur Pubertät. Diese bestand bey den Mädchen in einem Alter von zwölf, bey den Knaben aber in einem Alter von vierzehn Jahren. Diesen Terminus ad quem erweiterte hier Hadrian zu Gunsten der Alimentariorum. S. Trotz de Memor. propag. pag. 225. *Andr. Guil.* Cramer Comm. de pubertatis termino ex disciplina Romanor. *Kilon.* 1804. pag. 19—29. und *Jo. Lud. Guil.* Beck Observationes de Romanor. disciplina medica ad illustranda vett. Scriptor. et iuris civ. loca. (*Lipsiae* 1809.) Cap. VIII. §. 4. et not. 3.

80) *In vita Antonii Pii. Cap.* 8. Es finden sich auch zwey Inschriften auf Stein bey Rubenius l. c. Denkmäler, dem Divus Antoninus von seinen dankbaren pueris et puellis alimentariis geweiht.

Faustinianae nennen ließ [81]). Sein Nachfolger Marcus Antoninus, mit dem Beynamen *Philosophus*, vermehrte die Zahl der Staatszöglinge, und nannte die Mädchen, seiner verstorbenen Gemahlin, Anna Faustina, zu Ehren, *Novae puellae Faustinianae* [82]). Der Kai-

81) Diese alimentariae *Faustinianae* kommen auch auf Münzen vor bey Rubenius l. c. und *Ez.* Spanhemius de usu et praestantia numismat. Diss. XI. pag. 289. et pag. 544.

82) Julius Capitolinus *in M. Antonino Philosopho.* Cap. 26. Novas puellas Faustinianas instituit in honorem uxoris mortuae. An einem andern Orte *Cap.* 7. sagt Capitolin. M. Antoninus habe mit seinem Bruder, dem *L. Aurelius Verus Commodus*, den er zum Mitregenten angenommen, *pueros et puellas novorum hominum frumentariae perceptioni adscribi*, befohlen. *Jos.* Averanius Interpret. iuris c. l. nr. 4. erklärt die pueri et puellae novorum hominum von solchen Alimentarien, zu deren Ernährung und Erziehung die Eltern, welche hier *novi homines* darum genennt würden, weil sie in das Verzeichniß noch nicht eingeschrieben waren, bey der öffentlichen Getreide-Vertheilung eine Anweisung vom Staate erhalten hatten. Mehrere halten jedoch die Lesart für fehlerhaft. Salmasius will novorum *nominum* lesen, und versteht darunter solche alimentarii, quorum nomina iis, qui iam inter alimentarios a Traiano constitutos erant, adscribebantur. Allein offenbar ist hier nicht von den Alimentariis die Rede, sondern von der largitione frumentaria, wovon ich nachher handeln werde. Weil man dabey auf ein gewisses Alter sahe, welches diejenigen erreicht haben mußten, welche an der largitio Antheil nahmen, wie aus Suetonius *in Augusto* Cap. 41. erhellet: wo vom August gesagt wird: Congiaria populo frequenter

ser Alexander Severus nahm gleichfalls neue Staats-Alimentarien an, und gab ihnen den Namen puellae *Mammaeanae*, pueri *Mammaeani*, wie Aelius Lampridius [83]) erzählt; er rescribirte zugleich, daß es in Ansehung der Zeit der Alimentation bey der vom Hadrian gemachten Bestimmung verbleiben solle [84]). Die Vorsteher dieser Erziehungs- und Alimentations-Anstalt wurden Quaestores alimentorum [85]), oder Quaestores pecuniae alimentariae, auch Quaestores arcae publicae et pecuniae alimentariae [86]); ferner Quae-

dedit: — ac ne minores quidem pueros praeteriit, *quamvis non nisi ab undecimo aetatis anno accipere consuessent*; so meint Lipsius Elector. I. 8. daß pueros et puellas *novem annorum* gelesen werden müsse. Soviel ist gewiß, daß bey den Alimentariis kein gewisses Alter erfordert wurde, um unter dieselben aufgenommen zu werden, wie aus der oben angeführten Stelle des Plinius in *Panegyrico* Cap. 26. erhellet, wo er von des Krs. Trajan Stiftung für arme Kinder sagt: Et quamvis laetissimum oculis tuis esset, conspectu Romanae sobolis impleri, omnes tamen, antequam te viderent adirentve, recipi, incidi iussisti, *ut iam inde ab infantia parentem publicum munere educationis experirentur.*

83) In *Alexandro Severo*. Cap. 56. in fin. Puellas et pueros, quemadmodum Antoninus *Faustinianas* instituerat, *Mammaeanas* et *Mammaeanos* instituit.

84) *L*. 14. §. 1. *D. de aliment. legat.* et hanc formam, ab Hadriano datam, observandam esse, Imperator noster rescripsit. Vergleiche die Not. 49. S. 262.

85) S. Donii Inscription. ab *Ant. Franc.* Gorio publicat. Nr. XVII. fol. 164.

86) S. Reinesii Inscript. pag. 406.

stores arcarii [87]), Quaestores Reipublicae et alimentorum [88]) und Aediles alimentarii [89]) genennt. Diese Staatserziehungs-Anstalten und kaiserliche Stiftungen für arme Kinder wurden jedoch in der Folge vernachlässiget, und endlich ganz aufgehoben [90]). Daher geschahe es häufig, daß Eltern ihre Kinder aus Noth, weil sie solche wegen Armuth nicht ernähren konnten, verkauften, oder verpfändeten, oder aussetzten, oder wohl gar tödteten. Um dieses zu verhüten, verordnete zwar der Kaiser Constantin der Große, daß solchen armen Eltern die Nahrung und Kleidung für ihre Kinder, ohne Unterschied aus dem kaiserlichen Fiscus, wie aus seinem Privat-Vermögen, gereicht werden sollte. Er machte deswegen zwey besondere Verordnungen bekannt. Die eine für Italien. Es ist die

L. 1. Cod. Theod. De alimentis, quae inopes parentes de publico petere debent. Imp. Constantinus A. ad *Ablavium* [91]). Aereis tabulis, vel cerussatis, aut linteis mappis scripta *per omnes civitates Italiae* proponatur Lex, quae parentum manus a parricidio arceat, votumque vertat in

87) *Jac.* Gutherius de officiis domus Augustae. Lib. III. Cap. 32. pag. 691.

88) Reinesius c. l.

89) Turnebus Adversarior. Lib. XI. cap. 10.

90) So erzählt Julius Capitolinus vom Kaiser Pertinax in *Eius* vita Cap. 9. Alimentaria etiam compendia, *quae novem annorum ex instituto* Trajani *debebantur*, obdurata verecundia sustulit.

91) Ablavius war Vicarius Praefecti Praetorio Italiae. S. *Jac.* Gothofredi Not. b. et c. ad h. L.

melius: officiumque tuum haec cura perstringat, ut si quis parens adferat sobolem, quam pro paupertate educare non possit, nec in alimentis, nec in veste impertienda tardetur, *cum educatio nascentis infantiae moras ferre non possit* [92]). Ad quam rem et fiscum nostrum, et rem privatam indiscreta iussimus praebere obsequia. Dat. *Naisso* [93]) Constantino A. IV. et Licinio IV. AA. Coss. 315.

Die andere für Afrika, nämlich die *L. 2. eodem.*

Idem A. *Menandro* [94]). Provinciales, egestate victus atque alimoniae inopia laborantes, liberos suos vendere, vel oppignorare cognovimus. Quisquis igitur huiusmodi reperietur, qui nulla rei familiaris substantia fultus est, quique liberos suos aegre ac difficile sustentet, per fiscum nostrum, antequam fiat calamitati obnoxius, adiuvetur: ita ut Proconsules, Praesidesque, et Rationales *per universam Africam* habeant potestatem, et universis, quos adverterint, in egestate miserabili constitutos, stipem necessariam largiantur: atque ex horreis substantiam protinus tribuant competentem. *Abhorret enim nostris mo-*

92) Diese Verordnung scheint auf Anrathen des Lactantius, welcher bey den Söhnen des Kaisers Constantinus Lehrer war, gegeben zu seyn, wie sich aus der Aehnlichkeit und Vergleichung mit *Lib. VI. Divinarum Institutionum Cap.* 20. schließen läßt. S. *Jac.* Gothofredi Commentar. ad h. L. 1. Lib. XI. Tit. 27. *Cod. Theod.* Tom. IV. pag. 199.

93) *Naissus* in Dacien. S. Gothofredus c. l.

94) Menander war Praef. Praetorio Italiae. S. Gothofredus Not. b. ad h. L.

ribus, ut quemquam fame confici, vel ad indignum facinus prorumpere concedamus. Dat. *Romae*, PROBIANO et JULIANO Coss. 322.

Dennoch beweisen theils die kurz nachher vom Kaiser Constantin selbst, theils von seinen Nachfolgern erlassenen Constitutionen, welche Bestimmungen über den Verkauf und das Aussetzen der Kinder enthalten [95]), daß entweder jene Verordnungen nicht den erwünschten Erfolg müssen gehabt, oder nicht überall in Ausübung müssen gebracht worden seyn [96]).

Ausser der Staatserziehungs- und Versorgungs-Anstalt für arme Kinder, welche sich nicht blos auf ehelich gebohrne, sondern auch auf uneheliche Kinder [97]) erstreckte, gab es bey den Römern auch noch

2) öffentliche Versorgungsanstalten für die armen Bürger überhaupt. Zu diesen gehörten

a) die sogenannten *frumentariae largitiones.* Man verstand darunter die öffentlichen Austheilungen des Ge-

95) S. die *L.* CONSTANTINI *Un. Cod. Theodos. de his, qui sanguinolentos emtos, vel nutriendos acceperint*, de a. 329. Lib. V. Tit. 8. *L.* CONSTANTINI 1. *Cod. Theod. de Expositis.* V. 7. de a. 331. Ferner das *Rescriptum* CONSTANT. *ad Rutiliam Primam de venditione liberor.* in *Fragmentis Vatican.* und bey WENCK in Cod. Theodos. pag. 158. Not. r. Von Constantins Nachfolgern *L. un. Cod. Th. de patribus, qui filios distraxerunt.* III. 3. von den Kaisern Valentinian, Theodos und Arcadius. vom J. 391.

96) S. BECK Diss. de Romanor. disciplina publica medica. Cap. 8. §. 4. Not. 4.

97) S. Hugo civilist. Magazin. 2. B. S. 432. Not. *).

treides unter das gemeine Volk, welche entweder ganz unentgeldlich, oder für einen sehr geringen Preis geschahen, um der Armuth zu Hülfe zu kommen [98]. Eine solche largitio geschahe zuerst von dem Aedilis plebis Manius Marcius im J. der E. R. 278. wie Plinius [99] bemerkt hat. Auf diese folgten mehrere Largitionen, je nachdem nämlich Theurung und Hungersnoth sie erheischten [100]. Denn anfangs waren sie noch nicht auf gewisse bestimmte Zeiten festgesetzt. Erst durch C. Sempronius Grachus, den bekannten Volks-Tribun, wurden die largitiones frumentariae perpetuirlich, und geschehen von jetzt an zu bestimmten Zeiten. Dieser Sempronius Grachus war es auch, der im Jahr der E. R. 630. zu Gunsten des Volks das erste, diese Largitionen betreffende Gesetz promulgirte. Es ist die lex *Sempronia frumentaria*, vermöge welchen den Armen das Getreide für den sehr geringen Preis von *semisse et triente*, i. e. dextante (nach unserm Gelde 3¾ Pfennig) zugetheilt werden sollte. Livius, Plutarch, Cicero, Florus, und Apulejus gedenken dieses merk-

98) S. Lipsii Electa Lib. I. cap. 8. *Vincent.* Contareni de frumentaria Romanorum largitione liber. *Vesaliae* 1669. *Did.* Schaghen Diss. de re frumentaria. *Traj. ad Rhen.* 1709. (in Oelrichs *Thes. Dissertation. Belgicar.* Vol. II. Tom. III. Nr. XIII.) und *Jo. Melch. Gottl.* Beseke Commentat. de frumentaria largitione et legibus frumentariis. *Mitaviae* 1775. 8.

99) Plinius Secund. *Natural. Histor.* Lib. XVIII. cap. 4. *Manius Marcius* Aedilis plebis *primum frumentum* populo in modios assibus donavit. S. Schaghen Diss. cit. Cap. III. § 6.

100) Beseke cit. Commentat. Cap. I. §. 5 — 18. hat sie alle bis auf Grachus an der Zahl 10 angeführt.

würdigen Gesetzes [1]); bemerken aber dabey, daß es dem Senat eben so verhaßt, als dem Volke angenehm gewesen sey, jenem darum verhaßt, weil man besorgt habe, daß der gar zu geringe Preis die Staatskasse zu sehr erschöpfen, und für die industria plebis nachtheilige Folgen haben werde [2]). Besonders widersetzten sich daher dieser Lex Sempronia C. Marius [3]), und M. Octavius [4]), und brachten es auch durch ihr Ansehen und Beredsamkeit dahin, daß sie abrogirt wurde. Allein durch die *Lex Apuleia*, von L. Apulejus Saturninus so benannt, der diese Lex, alles Widerspruchs des Quästors Cäpio ungeachtet, im J. der E. R. 653. durchgesetzt hatte, wurde das Gesetz des Grachus wieder hergestellt [5]), und nachdem die largitiones frumentariae seit einigen Jahren waren vernachlässiget worden, von dem Tribun M. Livius Drusus im J. der E. R. 662. wieder in Thätigkeit gesetzt [6]). Diese *Lex Livia* ist daher nichts anders, als eine Wiederbelebung der Lex Sempronia. Mit Aufhebung der tribunicia potestas

1) S. Beseke Commentat. cit. Cap. II. §. 19 sqq. und Schaghen cit. Diss. Cap. III. §. 14.

2) Cicero Or. *pro Sextio* cap. 48.

3) S. Plutarch *in Mario*: pag. 407. edit. *Sylburg*.

4) Cicero *de Officiis* Lib. II. cap. 21. et *in Bruto*. Cap. 62. Die Unrichtigkeiten des Ernesti in Clavi Ciceron. Index Legg. frumentariar, in *Lege Sempronia* berichtiget *Car.* Beier in edit. Ciceronis de Officiis. (*Lips.* 1820. 8.) Tom. I. Lib. I. ad Lib. II. Cap. 21. pag. 140.

5) Cicero *ad Herennium*. Lib. I. cap. 12. et *de Legibus*. Lib. II. cap. 6. S. Beseke cit. Comm. Cap. II. §. 27.

6) Florus *Lib. III. Cap.* 17. Cicero *de Legib.* Lib. II. cap. 6.

unter Sulla fiel zwar auch das Ansehen der legum frumentariarum; allein so wie jene unter den Consuln Cn. Pompejus, und M. Crassus, im J. der E. R. 683. war wieder hergestellt worden, so wurden auch, um das Volk zu beschwichtigen, neue leges frumentariae gegeben [7]. So erschien denn die *Lex Terentia et Cassia* auf den Vorschlag der Consuln C. Cassius und M. Terentius Lucullus im J. der E. R. 681 [8]) Ernesti [9]) hält dieses Gesetz für die wiederhergestellte Lex Sempronia. Soviel ist gewiß, daß das Volk auf die Erneuerung der Lex Sempronia drang, es ist daher wahrscheinlich, daß dem Volke iisdem semissibus ac trientibus das Getreide verkauft worden sey, wie die L. S. bestimmt hatte [10]). Daß aber die Quantität des menstrui anders mag bestimmt worden seyn, läßt sich aus der Rede des Macer Licinius bey Sallust [11]) nicht undeutlich schliessen.

Noch weiter, als Grachus, gieng jedoch der Tribun P. Clodius Pulcher, welcher im J. der E. R. 696. unter dem Consulat des Piso und Gabinius ein Gesetz zu Stande brachte, nach welchem das Getreide den Armen unentgeldlich ausgetheilt werden sollte [12]). Dio Cassius [13]) thut dieser *Lex Clodia frumentaria*

7) S. Beseke §. 30.

8) Cicero *in Verrem III.* Cap. 70. Beseke. §. 31 sqq.

9) Cit. Indice Legg. in *Lege Cassia Terentia.*

10) Beseke. §. 33.

11) *Histor. Lib. III. cap.* 7. (Tom. II. pag. 69. edit. *Haverkamp.*)

12) S. Beseke Cap. II. §. 40 — 44.

13) *Lib. XXXVIII.* Ὁ οὖν Κλόδιος τον σῖτον πρωῖκα αὖθις δίενειμε. Τὸ γὰρ μετρεῖσθαι τοῖς ἀπόρος

Erwähnung, indem er in seiner römischen Geschichte Folgendes davon aufgezeichnet hat: CLODIUS *igitur frumentum denuo* GRATIS *divisit. Tulerat enim ad populum, ut daretur* PAUPERIBUS, *cum primum* GABINIUS *et* PISO *Consulatum inierunt.* Dieß war die letzte Lex frumentaria zur Zeit des römischen Freystaats. Die Besorgung dieser Largitionen war anfangs den Aedilen, seit dem Sempronius Grachus aber den Volks-Tribunen übertragen [14]), und man brauchte sie häufig auch als ein Mittel, die Gunst des Volks zu gewinnen, so wie sich die nachherigen Oberhäupter des römischen Staats derselben anfangs zur Begründung ihrer Alleinherrschaft bedienten [15]). Daher dauerten die largitiones frumentariae auch unter den Kaisern fort. Pomponius [16]) bemerkt, daß C. Julius Cäsar für diese Anstalt zwey Prätoren und zwey Aedilen ernannt habe, welche davon den Namen *Cereales* erhielten. An deren Stelle traten seit dem Kaiser Augustus die Praefecti annonae [17]). August war es auch, welcher, um bey der Vertheilung des Getreides Unord-

τοῦτε Γαουϊνίου ἤδη, τοῦ Πισωνος ὑπατευκότων εἰσηγήσατο. CICERO *in Orat. pro Sextio.* Cap. 25. tadelt dieses Gesetz deswegen, *quod, remissis semissibus et trientibus, quinta prope pars vectigalium tolleretur.* S. SCHAGHEN Diss. cit. Cap. III. §. 17.

14) S. BESEKE Cap. I. §. 16. Cap. II. §. 34. et 42.

15) TACITUS *Annal. Lib. I. cap.* 2. SUETONIUS *in vita Augusti. Cap.* 41. S. BESEKE Cap. III. §. 46. pag. 61.

16) *L.* 2. §. 32. *D. de Origine iuris.*

17) SUETONIUS *in Augusto.* Cap. 37. *L.* 1. §. 18. *D. de exercitor. act.* S. BESEKE cit. Commentat. Cap. III. §. 49. pag. 64—68.

nung und Unterschleif zu vermeiden, die tesserae frumentariae einführte, die von den Curatoribus oder praefecto annonae denjenigen ausgetheilt wurden, welche in das Register der Percipienten bey der largitio frumentaria waren eingetragen worden [18]. Es waren Billets oder Zeichen von Holz, oder Metall, worauf die Quantität des Getreides (frumentorum numerus) bestimmt war [19]. Solche tesserae frumentariae konnten von den Inhabern sogar einem Andern legirt [20]) und verkauft werden [21]. Denn man sahe hier nicht auf das corpus, welches an sich keinen Werth hatte, sondern auf den ihnen vom Staate beygelegten Werth, nämlich auf die Quantität des Getreides, welche man damit erhalten konnte, wenn man bey der Vertheilung des Getreides die tessera dem mensor frumentarius vorzeigte [22]. Diese mensores frumentarii, welche, um dem Volke das Getreide aus den Proviant-Magazinen, (horrea) denen sie vorgesetzt waren, zuzumessen, waren angestellt worden, hießen davon auch *Tesserarii* [23]), und genossen deswegen eine vacatio

18) Suetonius *in Augusto. Cap.* 40. et 41. *Nov.* Justiniani *LXXXVIII. cap.* 2.

19) Virgilius *Lib. I. Georgicor. v.* 263. et ad h. L. Servius. Isidorus *Origin. Lib. ult. Cap.* 14. Beseke c. l. cap. 50. Von Xiphilinus werden sie *parvi orbes lignei inscripti* genennt.

20) *L.* 49. §. 1. *D. de Legat. II. L.* 87. *pr. D. eodem.*

21) *L.* 52. §. 1. *D. de iudiciis. L.* 1. *Cod. de annonis civilib.* (XI. 24.)

22) S. *Jos.* Averanius Interpretat. iuris. Lib. II. cap. 18.

23) Cujacius Observation. Lib. VI. cap. 33. in fin.

munerum [24]. In der Folge ward, statt des Getreides, Brod ausgetheilt [25]. Dazu wurden eigene Bäcker vom Staate angestellt, welche besondere Collegia bildeten, die durch Senatusconsulte und kaiserliche Constitutionen bestätiget, und mit gewissen Vorrechten versehen waren [26]. Von wem diese neue Anstalt herrührt, läßt sich mit Gewißheit nicht bestimmen. Einige [27]) leiten sie vom Kaiser Trajan; andere [28]) vom K. Hadrian; noch andere [29]) vom K. Aurelian her. Die Aufsicht

24) *L. 26. D. de Excusat. tutor. L. 9. §. 1. L. 10. §. 1. D. de vacat. et excusat muner.*

25) S. Besecke Commentat. de frumentar. largitione. Cap. III. §. 61.

26) *L. 1. pr. D. Quod. cuiusq. univ. nom.* Gajus *lib. III. ad Edictum provinc.* Collegia Romae certa sunt, quorum corpus Senatusconsultis, atque Constitutionibus principalibus confirmatum est: veluti *Pistorum*, et quorundam aliorum. — *L. ult. D. de Excusat.* Paulus *libro sing. de Cognitionibus.* Qui *in collegio pistorum* sunt, a tutelis excusantur, si modo per semet pistrinum exerceant: sed non alios puto excusandos, quam qui intra numerum sunt. Urbici autem pistores a collegarum quoque filiorum tutelis excusantur.

27) *Jac.* Gothofredus in Commentar. ad L. 1. Cod. Theod. de pistoribus. Lib. XIV. Tit. 3. (Tom. V. pag. 170. edit. *Ritter.*) und Lipsius Elector. I. 8. Sie berufen sich auf den Aurelius Victor *de Caesaribus Histor. abbreviat.* Cap. 13. wo er vom Trajan sagt: Annonae perpetuae mire consultum, *reperto firmatoque Pistorum collegio.*

28) Beseke cit. loc. §. 60 et 61. wegen der angeführten Gesetzstellen.

29) *Jos.* Averanius Interpret. iuris Lib. II. cap. 18. nr. 4.

über diese Staatsbäckereyen (pistrinae oder *pistrina*) war den patronis pistorum aufgetragen [30]), deren bey einem jeden Collegium mehrere waren [31]), welche unter dem

und *Christ. Gottl.* Schwartz ad Plinii Panegyric. Cap. XXVIII. Not. f. pag. 91. wegen einer Stelle aus Flav. Vopiscus *in D. Aureliano.* Cap. 35. wo er sagt: Aurelianum eo tempore, quo proficiscebatur ad bellum orientale, bilibres coronas populo promisisse, si victor rediret: et quum aureas populus speraret, neque Aurelianus aut posset, aut vellet, coronas eum fecisse *de panibus*, qui nunc *siliginei* vocantur, *et singulis quibusque donasse:* ita ut siligineum suum quotidie toto aevo suo et unusquisque reciperet, et posteris suis dimitteret.

30) *L.* 2. *et L.* 7. *Cod. Theod. de pistoribus.* (Lib. XIII. Tit. 3.) *Jac.* Gothofredus in Commentar. ad L. 7. cit. (Tom. V. pag. 174. sq. edit. *Ritter.*) hat von den patronis pistorum ausführlich gehandelt. Sie hatten auch die Aufsicht über die zu einer solchen Staatsbäckerey gehörige *Entheca*, *ἀφορμη*, worunter der Vorrath von Getreide, die Officin mit den Thieren, Sklaven, Mühlen, und Grundstücken (fundi dotales) die zu einer solchen Anstalt, nach der Einrichtung derselben, erfordert wurden, begriffen waren. Aus den Einkünften der fundorum erhielten die pistores ihren Gehalt. S. die *L.* 7 *C. Th. cit.* Man sehe auch *Jac.* Gothofredi Comm. ad L. 7. in fin. et ad L. 13. C. Th. eod. Von den pistrinis sagt Socrates *in Histor. Eccles.* Lib. V. cap. 18. Erant in Urbe Roma aedes amplissimae, a priscis temporibus aedificatae, in quibus panis fiebat, qui civibus dividebatur. S. *F. L.* Goetz de pistrinis Veterum. *Cygniae* 1730.

31) *L.* 9. *Cod. Theod. de Suariis*, et *Jac.* Gothofredi Commentar. ad h. L. Lib. XIV. Tit. 4. Tom. V. Cod. Theod. pag. 200.

Praefectus annonae standen [32]. Die Austheilung des Brodes geschahe öffentlich vor den Augen des Volks, an einem dazu, ohnweit der Bäckerey, besonders errichteten erhabenen Orte, welcher mit Stufen versehen war, von deren obersten die Austheilung an die mit tesseris versehenen Einzelnen geschahe [33]. Davon erhielt das Brod den Namen *panis gradilis* [34]. Das dazu bestimmte Getreide war der canon frumentarius urbis Romae [35], woraus den Hofbäckern das zum Verbacken nöthige Getreide von den Mensoren geliefert wurde [36]. Seit dem Kaiser Aure-

32) *L.* 3. 12. 14. 15. 21. *et ult. Cod. Theod. de pistoribus.* Symmachus *Lib. X. Epist.* 36.

33) *L.* 3. *Cod. Theod.* (XIV. 17.) *de annonis civicis et pane gradili.* Impp. Valentinianus et Valens. Universi panem gradilem *de gradibus* adipiscantur: neque cniquam haec aut deferatur gratia, aut imponatur iniuria, ut de pistrino accipiat. *L.* 4. *Iidem Impp.* Ne quid super gradili pane fraudis oriretur, iussimus, omne illud, quod populo penditur, palam in gradibus, non clam a pistoribus ministrari. Hierauf geht auch der Vers bey Prudentius *Lib. I. adv. Symmachum* v. 584.

Et quem panis alit, gradibus dispensus ab altis.

S. *Jac.* Cujacius Observat. Lib. XXVI. Cap. 17. *Jac.* Gothofredus Commentar. ad L. 2. Cod. Theod. de annonis civicis et pane gradili Lib. XIV. Tit. 17. Tom. V. pag. 267—269. edit. *Ritter.* Beseke Commentat. de frumentar. largitione. Cap. III. §. 61. pag. 97. sqq.

34) Vid. *tot. Tit. Cod. Theod. de annon. civ. et pane gradili.* XIV. 17. et *Jac.* Gothofredi Commentar. ad Eundem. Tom. V. pag. 265. sqq.

35) Vid. *Tit. Cod. Theodos.* de canone frumentario Urbis Romae. (XIV. 15.) et ad eundem *Jac.* Gothofredi Commentar. Tom. V. pag. 251. sqq.

lianus wurde, ausser dem Brode, auch Oel und Fleisch unter die Armen unentgeldlich ausgetheilt [37]). Von diesen Spenden finden sich ganze Titel im Theodosianischen Codex [38]). So dauerten diese Austheilungen fort bis auf Justinian [39]), der jedoch mehrere hierher gehörige Verordnungen seiner Vorgänger in seinen Codex nicht aufgenommen hat [40]). Zu den öffentlichen Versorgungs-Anstalten bey den Römern gehörten endlich

b) auch noch die zur Armen- und Krankenpflege, so wie zur Ernährung und Erziehung der Findlinge und anderer armer Kinder bestimmten öffentlichen Gebäude. In den Verordnungen der christlichen Kaiser, besonders des Kaisers Justinian [41]), werden genannt die *Xenones* oder *Xenodochia*, Hospitäler, worin arme Reisende

36) S. Beseke §. 81.

37) Flavius Vopiscus *in Divo Aureliano.* Cap. 35. et 47.

38) *L. un. Cod. Theod. de mensis oleariis.* (XIV. 24.) Mensa olearia heißt das Maas von Oel, welches jedem Einzelnen zugetheilt wurde. *Mensa* ist also hier soviel, als *dimensa.* S. *Jac.* Gothofredi Commentar. ad h. L. Tom. V. pag. 294. und Beseke cit. Commentat. §. 72. Von Fleischaustheilungen handelt *Tit. Cod. Theodos. de suariis et pecuariis.* (XIV. 4.) Man sehe auch hier *Jac.* Gothofredi Commentar. ad L. 1. Cod. Theod. de suariis. Tom. V. Cod. Theod. pag. 190.

39) S. Beseke Commentat. cit. §. 69—89.

40) Beseke Cap. IV. pag. 143—149.

41) *L. 17. §. 1. L. 19. L. 22. et 23. Cod. de Sacrosanct. Ecclesiis. L. 33. §. 7. et L. 35. L. 42. §. 6. L. 46. pr. et §. 1. et 9. L. 49. §. 3. 5. 6. 7. L. ult. C. de Episcopis et Clericis. Nov. CXI. Cap. 1. Nov. CXX. Cap. 1.*

und Fremde unentgeldlich aufgenommen und verpflegt wurden [42]). *Ptochia* oder *Ptochotrophia*, Armenhäuser [43]). *Nosocomia* [44]), Krankenhäuser. *Orphanotrophia* [45]), Waisenhäuser. *Gerocomia* oder *Gerontocomia* [46]), Hospitäler zur Aufnahme und Verpflegung alter hülfloser und kranker Leute. *Curotrophia* [47]), Häuser, worin arme Knaben, die sich ihren Unterhalt noch nicht

42) Von Ξένος, ein Fremder, ein Gastfreund. S. Brissonius de Verb. iur. Signif. voc. *Xenon.* und *F.* Pithoei Glossar. h. v.

43) Von πτωχος, pauper, und τρέφω, alo. S. *Jo.* Calvini Lexic. iuridic. Voc. *Ptochotrophium.* und *F.* Pithoei Glossar. obscurorum verbor. Juliani h. v.

44) Von νόσος, morbus, und κομέω, curo. S. Isidorus *Etymolog. XV.* 3. Calvini Lexic. iurid. voc. *Nosocomium.* und Brissonius voc. eod. Es gab auch bey den Römern Armenärzte, welche *Parabolani*, oder *Archiatri* genennt wurden. *L* 18. *C. de Episc. et Clericis.* S. Rud. Bosse Grundzüge des Finanzwesens im Römischen Staate (Braunschweig 1804.) Th. 2. S. 198. und Beck Diss. de Romanor. disciplina publica medica. Cap. X. Hieronymus *in Epitaph. Gabiolae* nennt hier die erste Stifterin dieser gemeinen Wohlfartsanstalt. S. Pithoei Glossar. voc. *Nosocomium.* (adj. versioni Novellar. *Hombergk.*)

45) Von ὄρφανος, filius orbus et parentibus privatus, eine Waise. S. Calvinus voc. *Orphanotrophium.* Vergl. auch Beckmann's Geschichte der Waisenhäuser, in den Beyträgen zur Gesch. d. Erfind. B. 5. S. 395.

46) Von γέρων, senex, und κομέω, curo. S. Calvini Lex. iurid. voc. *Gerontocomium.* Pithoei Glossar. h. voc. *Car.* du Fresne Glossarium ad Scriptor. med. et infimae Latinitat. eod. voc. et Brisson. h. v.

47) Von κοῦρος, puer. S. Calvinus voc. *Curotrophium.*

erwerben konnten, bis dahin ernährt wurden, und *Brephotrophia* [48]), Häuser, worin Findlinge und neugebohrne Kinder armer Eltern erzogen, und versorgt wurden.

Justinian [49]) nennt einen gewissen Zoticus, der zuerst ein Waisenhaus gestiftet haben soll, und bemerkt, daß nach dem Beyspiel desselben die übrigen Wohlthätigkeits-Anstalten wären errichtet worden. Er führt auch unter den Armen-Versorgungs-Anstalten, die sich in der Residenzstadt Constantinopel befinden, ein Xenodochium an, welches von einem gewissen Sampson piae memoriae seinen Namen haben soll [50]).

Diese Häuser werden in den Gesetzen *domus venerabiles* auch *domus sacrae* [51]) genennt. Sie standen mit ihren Vorstehern, den *Orphanotrophis*, *Ptochotrophis*, *Xenodochis*, *Nosocomis*, und *Oeconomis* unter dem Bischof, und hatten die Privilegien der Kirchen [52]). Ihre Vorsteher vertraten die Stelle der Tutoren und Curatoren, und hatten also auch die Pflichten derselben [53]).

48) Von βρέφος, infans recens natus. S. Calvinus h. voc. *Ant.* Augustini verborum quorundam Juliani interpretat. voc. *Brephotrophium* (adj. versioni Novellar. *Hombergk.*) und Brissonius h. voc.

49) *L.* 35. *Cod. de Episcop. et Cleric.*

50) *Novell. CXXXI. Cap.* 15. S. Pithoei Glossarium voc. *Xenon.*

51) *Nov. CXX. Cap.* 1. 2. 3. 4. 6. *et* 7.

52) *L.* 17. *Cod. de SS. Eccles. L.* 33. §. 7. *Cod. de Episcop. et Cleric. Nov. CXXIII. Cap.* 23.

53) *Nov. CXXXI. Cap.* 15.

§. 1290.e.

Verfahren in Alimentensachen. In wiefern findet Zurückforderung gereichter Alimente Statt?

Alimentensachen sind übrigens von den Gesetzen sehr begünstiget. Sie werden daher, mit Beyseitsetzung aller Förmlichkeiten des Processes, auf einen auch nicht durch förmliche Klage angebrachten Antrag, d. h. durch eine einfache Anrufung des Richters, (Imploratio officii iudicis) summarisch, auch selbst in dem Falle verhandelt, wenn dabey die Vaterschaft oder Kindschaft in Abrede gestellt wird [54]. Der Grund dieses begünstigten Rechtsverfahrens beruht in der Natur dieser Sachen. Denn Alimente bezeichnen schon in ihrem Begriffe das Merkmal ihrer Nothwendigkeit, und gestatten durchaus keinen Verzug. Daher kann zuweilen durch eine provisorische Verfügung der Implorat angehalten werden, dem dürftigen Imploranten die Alimente zu reichen, wenn gleich der Präjudicialpunct noch zweifelhaft ist. Denn in dem Ausspruch ali debere liegt für andere Beziehungen noch nicht das filium esse, wie Kr. Marcus in folgender Stelle Ulpians rescribirt hat.

L. 5. *§.* 9. *D. h. t.* Meminisse autem oportet, etsi pronuntiaverint: *ali oportere*, attamen eam rem praeiudicium non facere veritati: nec enim

54) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 13. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 560. Günther Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 421. in fin. Gönner's Handbuch des deutschen gemeinen Processes. 1. B. Nr. X. §. 42. S. 277. f. und 4. B. Nr. LXXIX. §. 29. S. 346. und Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 143. S. 523.

hoc pronuntiatur, *filium esse*, sed *ali debere*: et ita Divus Marcus rescripsit.

Um dieses schnellere Rechtsverfahren anzudeuten, wird daher hier nie das Wort actio oder iudicium, sondern immer der Ausdruck cognitio gebraucht, und gesagt: iudex de ea re cognoscet, oder iudices oportet super ea re cognoscere, wie folgende Gesetzstellen beweisen.

L. 5. pr. D. h. t. Si quis a liberis ali desideret, vel si liberi, ut a parente exhibeantur: *iudex de ea re cognoscet.*

§. 8. Si vel parens neget filium, idcircoque alere se non debere contendat, vel filius neget parentem, *summatim iudices oportet super ea re cognoscere:* si constiterit filium vel parentem esse, tunc ali iubebunt: ceterum si non constiterit, nec decernent alimenta.

L. 7. D. eodem. Modestinus *libro V. Responsorum.* Si neget, qui maritus fuisse dicitur, matrimonium esse contractum, eo quod eam, quae se uxorem fuisse dicit, ancillam esse probare paratus sit: *alimenta quidem liberis praestare* interim *compellendum;* sin autem constiterit, eam servam fuisse, nihil ei, qui pascendos curavit, ex hoc praeiudicium generare respondit.

L. 3. pr. et §. 4. D. Ubi pupillus educari vel morari debeat. Ulpian. *lib. I. de omnibus Tribunalibus.* Jus alimentorum decernendorum pupillis Praetori competit, ut ipse moderetur, quam summam tutores vel curatores ad alimenta pupillis vel adolescentibus praestare debeant. — Sed si

non constat, quis modus facultatium sit, inter tutorem, et eum, qui alimenta decerni desiderat, *suscipere debet* COGNITIONEM, nec temere alimenta decernere, ne in alterutram partem delinquat.

Aus allem ergiebt sich soviel,

1) daß die gesetzliche Begünstigung der Alimente nur eigentlich diejenigen angeht, welche für die Zukunft zu reichen sind. Denn bey Alimenten für eine bereits verflossene Zeit ist die Gefahr nicht mehr vorhanden, welche jenes schnellere Rechtsverfahren nothwendig macht [55]).

2) Da der Rechtsstreit über künftige Alimente nach den Regeln des summarischen und Executiv-Processes verhandelt wird, so findet weder eine Appellation quoad effectum suspensivum [56]), noch ein Arrest [57]), noch eine Zurückhaltung Statt [58]).

55) S. *Jo. Ern.* BERNEGGER Diss. de alimentis, eorumque computatione in detrahenda Q. Falcidia (*Altdorf.* 1720.) Cap. II. §. 13. und Gönner im angef. Handbuch. 4. B. Nr. LXXIX. §. 29. S. 346.

56) *L. ult. pr. D. de appellat. recipiend. vel non.* S. SURDUS de Alimentis. Tit. VIII. Privileg. LX. nr. 8—16. VOET Comm. ad Pandect. Tom. II. Lib. XLIX. Tit. 1. §. 7.

57) *Jo.* VOET Commentar. ad Pandect. Lib. II. Tit. 4. §. 51.

58) *L. 8. in fin. D. de aliment. et cibar. legat. L. 3. Cod. de compensation.* SURDUS de Alimentis. Tit. VII. Quaest. 10. nr. 8. CARPZOV Iurispr. for. P. I. Const. VIII. Def. 9. BERNEGGER cit. Diss. Cap. II. §. 13. pag. 43. und HOFACKER Princ. iur. civ. Tom. I. §. 560.

3) Ist die Alimentations-Verbindlichkeit in Streit gezogen, und es kommt auf eine bloße Rechtsfrage an, ob nämlich diese Verbindlichkeit unter den vorliegenden Umständen eintrete, so muß der Richter diese Frage sogleich definitiv entscheiden, wogegen jedoch eine etwa ergriffene Appellation, wie bereits bemerkt worden ist, keine Suspensivkraft hat. Hängt aber die Verbindlichkeit zur Alimentation von factischen Bedingungen ab, z. B. der Dürftigkeit, der Abstammung, u. d., so wird, wegen Begünstigung der Alimente, auf deren Leistung provisorisch, doch so erkannt, daß sie nach dem Grade der Ungewißheit auf einen niedern Grad des Bedürfnisses herabgesetzt wird [59].

Zuletzt ist noch die Frage zu erörtern, ob gegebene Alimente wiedergefordert werden können? Die Rechtsgelehrten sind auch hier verschiedener Meinung. Hellfeld stellt den Grundsatz auf, alle, ausser dem Vater, können für die gereichten Alimente Ersatz fordern, wenn derjenige, welcher sie empfing, dereinst in bessere Vermögensumstände kommt. Leyser [60]) scheint mit sich selbst im Widerspruch zu stehen, indem er an dem einen Orte der Mutter, welche ihren Kindern, die eigenes Vermögen hatten, die Alimente gereicht hat, die Absicht der Zurückforderung unterlegt, wofern nicht die Absicht zu schenken, welche im Zweifel nie vermuthet werde, erwiesen werden könne, an dem andern aber die Absicht zu schenken vermuthet wissen will, wenn die Kinder auch, ausser der mütterlichen Hülfe, die Alimente hätten erhalten

59) Gönner's Handbuch 4. B. Nr. LXXIX. §. 29. S. 547.

60) Meditat. ad Pandect. Vol. V. Specim. CCCXXV. Medit. 4 — 6.

können. Heinrich Gottfr. Bauer [61]) glaubt diesen Widerspruch dadurch heben zu können, daß er überhaupt unterscheidet, ob derjenige, welcher die Alimente wiederfordert, zur Alimentation verpflichtet war, oder nicht; im ersten Fall sey ihm das Repetitionsrecht zu gestatten, in dem andern zu versagen. So könne z. B. die Mutter, die auf die Kinder verwendeten Erziehungskosten wiederfordern, wenn diese eigenes Vermögen haben. Wer aber einen armen Verwandten, oder einen Fremden zu ernähren übernimmt, habe dadurch Niemand verbindlich machen wollen. Die meisten [62]) behaupten dagegen, Eltern könnten die ihren Kindern gegebenen Alimente, ohne Unterschied, es sey vom Vater oder der Mutter die Rede, nicht wiederfordern, die Kinder möchten eignes Vermögen haben, oder nicht, weil man hier immer wegen der elterlichen Liebe zu den Kindern im Zweifel Erweisung einer Liberalität vermuthen müsse, wofern nicht der animus repetendi erwiesen werden könne. Jedoch sey dieß nur von leiblichen Kindern zu verstehen. Stiefkinder müßten den animus donandi beweisen, wenn der Stiefvater die gereichten Alimente wiederfordert. Den sichersten Weg scheinen mir jedoch diejenigen [63]) zu gehen, welche

61) Responsor. ad quaestiones ex iure vario Vol. I. Resp. 46. pag. 192. sqq.

62) *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. Lib. III. Tit. 5. Qu. 10. *Car. Frid.* Walch Introd. in controv. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Membr. II. §. 8. *Jo. Ern. Just.* Müller Observation. pract. ad *Leyserum* Tom. III. Fasc. II. Obs. 583. und Theod. Hagemann pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 6. B. Erört. XV. S. 88. ff.

63) Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 350. Hufe-

zum Grundsatz annehmen, daß Alimente, sie seyen entweder aus rechtlicher Verpflichtung, oder ohne dieselbe, aus blosser Liebe, oder Mitleid gegeben, nicht zurückgefordert werden können. Schon die allgemeinen Grundsätze von der condictio indebiti bestärken diesen Grundsatz. Denn lag bey der Alimentation eine natürliche Zwangspflicht zum Grunde, die die positiven Gesetze sogar zur rechtlichen Nothwendigkeit erhoben haben, wie die Verbindlichkeit zur Ernährung der Kinder und Eltern, ferner die Verbindlichkeit des Mannes zur Ernährung der Frau; so ist ja keine Nichtschuld vorhanden, welche eine Condiction begründen könnte [64]. Eben so wenig findet auch hier eine actio negotiorum gestorum Statt [65]. Wuste aber der Alimentengeber, daß er zur Alimentation nicht verpflichtet sey, er übernahm sie blos aus Liebe, oder Mitleid; bey dem wird die Absicht zu schenken angenommen, und ihm daher die Zurückforderung des Gegebenen in den Gesetzen [66] ausdrücklich versagt. Es läßt sich auch hier keine Verbindlichkeit aus einer Geschäftsführung annehmen, weil die Klage aus der Geschäftsführung wegfällt, wo blos ein officium pietatis erfüllt wurde, weil hier die Absicht zu schenken vermuthet wird [67]. Dieß ist auch in dem Falle zu behaupten,

LAND Lehrbuch des heutigen Civilrechts. 2. B. §. 858. MÜHLENBRUCH Doctrina Pandectar. Tom. II. §. 242.

64) S. den 13. Th. dieses Commentars §. 830. S. 99.

65) *L. 13. Cod. de negot. gestis.*

66) *L. 1. §. 1. L. 26. §. 2. L. 32. §. 2. D. de condict. indeb. L. 9. pr. C. eod.* S. den 13. Th. §. 834.

67) *L. 44. D. de negot. gest. L. 1. Cod. eodem.* S. den 5. Band. §. 426. S. 383.

wenn Eltern ihren Kindern, welche ein hinreichendes eignes Vermögen besitzen, die Alimente aus dem Ihrigen gegeben haben, oder wenn die Mutter oder Großmutter ihre Kinder oder Enkel auf ihre Kosten ernährt hat, während der Vater derselben noch lebte, und selbst bey Vermögen war; weil hier mit Zustimmung der Gesetze vermöge einer auf Liebe und Zuneigung gegründeten Vermuthung anzunehmen ist, daß es animo donandi, nicht repetendi geschehen sey. Folgende Gesetze bestätigen dieses unbedenklich.

1) *L. 34. D. eodem.* PAULUS *Lib. I. Quaestionum.* NESENNIUS APOLLINARIS, JULIO PAULO salutem. Avia nepotis sui negotia gessit: defunctis utrisque, aviae heredes conveniebantur a nepotis heredibus negotiorum gestorum actione: reputabant heredes aviae alimenta praestita nepoti. Respondebatur, aviam iure pietatis de suo praestitisse: nec enim aut desiderasse, ut decernerentur alimenta, aut decreta essent [68]. Praeterea constitutum esse dicebatur, ut si mater aluisset, non posset alimenta, quae pietate cogente de suo praestitisset, repetere. Ex contra-

68) Die nichtflorentinischen Ausgaben, sowohl glossirte, als nicht glossirte, lesen decreta *esse*. Z. B. Haloander, Miräus, Chevallon, Baudoza u. a. auch Beck. Eben so liest auch *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad h. L. Tom. I. pag. 418. *Herm.* CANNEGIETER Observation. iur. Rom. Lib. I. Cap. 20. pag. 128. meint zwar auch, es müsse ESSE gelesen werden; allein statt Praeterea liest er AT *praeterea*, und meint, das ESSENT sey vermuthlich daher entstanden, daß die Worte *esse, at* durch Unwissenheit der Abschreiber zusammengezogen worden sind.

rio dicebatur, tunc hoc recte dici, ut [69]) de suo aluisse mater probaretur: at in proposito aviam, quae negotia administrabat, verisimile esse, de re ipsius nepotis eum aluisse. Tractatum est, numquid utroque patrimonio [70]) erogata videantur? Quaero, quid tibi iustius videatur? Respondi, haec disceptatio in factum constitit: nam et illud, quod in matre constitutum est, non puto ita perpetuo observandum. Quid enim, si etiam protestata est, se filium ideo alere, ut aut ipsum, aut tutores eius conveniret? Pone, peregre patrem eius obiisse, et matrem, dum in patriam revertitur, tam filium, quam familiam [71]) eius exhi-

69) Statt UT, lesen alle nicht florentinische Ausgaben CUM. z. B. Merlin, Haloander, Miräus, und die übrigen in der vorigen Note angeführten. Dieser Lesart giebt auch *Ant.* FABER c. l. den Vorzug. UT für cum ist indessen sowohl in den Pandecten, als bey den Classikern nicht ungewöhnlich. S. *L.* 2. *D. de inoff. testam.* und TERENTIUS *in Hecyra* Act. III. Sc. 5. v. 18. Vergl. BRISSONIUS de Verb. iur. Signif. Voc. *Ut.*

70) Alle andere Ausgaben lesen: numquid *de utroque patrimonio* erogata *viderentur.*

71) Statt *familiam* lesen die angeführten nichtflorentinischen Ausgaben filiam. Nur die neueste krit. Ausgabe von Beck hat die florentinische Lesart beybehalten. Diese ist auch unstreitig richtiger, wie schon Brenkmann in der Gebauerischen Ausgabe Not. 2. bemerkt hat. Sie wird nicht nur durch die *Basilica* Tom. II. Lib. XVII. Tit. I. Const. 34. pag. 317. bestärkt, wo es ausdrücklich heißt: *ἀποτρέψει τὸν υἱόν καὶ τὴν αὐτοῦ φαμιλίαν*; sondern auch durch die nachfolgenden Worte: *in ipsum pupillum.*

buisse: in qua specie etiam in ipsum pupillum negotiorum gestorum dandam actionem Divus Pius Antoninus constituit. Igitur in re facti facilius putabo, aviam vel heredes eius audiendos, si reputare velint alimenta: maxime, si etiam in ratione impensarum ea [72]) retulisse aviam apparebit. Illud nequaquam admittendum puto, ut de utroque patrimonio erogata videantur [73]).

72) Nicht blos Haloander, sondern auch Baudoza, Merlin und Miräus lesen hier: in rationes *impensam eam* retulisse. Diese Lesart scheint mir weit richtiger zu seyn, als die florentinische. Denn die rationes sind hier offenbar keine andern, als die *rationes domesticae*, worin ein Röm. Paterfamilias den Vorschuß, welchen er seinen Mitbürger wirklich geleistet hatte, auf den Namen desselben als ein expensum einzeichnete. *L.* 6. §. 3. *D. de edendo.* Es waren die *tabulae* oder *codices accepti et expensi.* S. von Almendingen über die Rationes domesticae der Römer, (in dem Magazin für die Philos. und Geschichte des Rechts von Grolmann und v. Löhr. 2. B. S. 169. ff.) Daher die Redensart in *rationes referre.* S. Brissonius de V. S. voc. *Ratio.* Ein solches Schuldbuch heißt auch Calendarium. *L.* 41. *D. de reb. cred.* Brissonius h. v. Hierauf geht der Ausspruch des Seneca *de Beneficiis Lib. I. cap.* 2. Nemo beneficia in Kalendario scribit.

73) Die Alimente von beyder Vermögen zu berechnen, wäre offenbar ungereimt. Denn die Großmutter hatte entweder die Absicht zu schenken, oder nicht. Im ersten Falle wollte sie ja auch nicht, daß dem Enkel etwas auf sein Vermögen angerechnet werden sollte; in dem letzten aber hat sie nichts von dem Ihrigen aufwenden wollen. S. Faber c. l.

Der Fall, welcher hier von Paulus entschieden wird, ist schon an einem andern Orte[74]) erörtert worden. Wir lernen indessen aus diesem Gesetz, daß es in den Fällen, wo die Alimentation ohne Schuldigkeit übernommen wurde, auf die besondern Umstände in facto ankomme, hieraus muß beurtheilt werden, ob sie animo donandi oder animo repetendi geleistet worden ist[75]). Der Beweis muß aber hier immer durch solche Handlungen geführt werden, welche diesen animum repetendi auf eine unzweydeutige Weise zu erkennen geben. Dahin gehören z. B. Protestation, Verzeichnung dieser Verwendungen in dem Schuldenbuche unter die Activa. Bloße Aufzeichnungen derselben in dem sogenannten Ausgabebuche des Alimentengebers vermögen an sich noch nicht, die Stärke jener rechtlichen Vermuthung für den animus donandi zu entkräften[76]).

2) *L.* 11. *Cod. de negotiis gestis.* Imp. Alexander A. Herenniae. Alimenta quidem, quae filiis tuis praestitisti, tibi reddi non iusta ratione postulas: *cum id exigente materna pietate feceris.* Si quid autem in rebus eorum utiliter et probabili

74) S. den 5. Th. §. 426. S. 383. f. und vergl. noch *Jac.* Cujacii Commentar. in Lib. I. Quaestion. Pauli ad h. L. 34. (in *Opp. postum.* Tom. II. pag. 936. sqq.)

75) Man sehe auch *L.* 14. §. 7. *D. de religios.* und *L.* 50. *D. Familiae ercisc.* Die Worte: *Haec disceptatio in factum constitit*, haben also den Sinn: haec disceptatio ex facto est diiudicanda. S. *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. Lib. III. Tit. 5. in fin. et de pactis et transactionib. Cap. IX. §. *Igitur.* Tom. I. *Oper.* pag. 505.

76) *L.* 5. *et* 6. *C. de probationib.* S. Hagemann's pract. Erörterungen. 6. B. Erört. XV. S. 91.

more impendisti: si non et hoc materna liberalitate, *sed recipiendi animo fecisse te ostenderis*: id negotiorum gestorum actione consequi potes. PP.[77] XII. Kalend. Februar. Albino et Maximo *Conss.* 228.

3) *L.* 15. *C. eodem.* Imp. Gordianus A. Eutychiano. Si *paterno affectu* privignas tuas aluisti, seu mercedes pro his aliquas magistris expendisti: *eius erogationis tibi nulla repetitio est.* Quod si ut repetiturus ea, quae in sumptum misisti, aliquid erogasti: negotiorum gestorum tibi intentanda est actio. PP. VI. Id. Jul.

Mit Recht behauptet Cujaz[78], daß dieses Rechtsverhältniß nicht blos bey Eltern und Kindern, sondern auch bey Seitenverwandten, ja sogar bey Fremden Statt finde, und dieses bestätigen auch folgende Gesetzstellen.

L. 27. §. 1. *D. de negot. gest.* Modestinus *libro II. Responsorum.* Titium, si *pietatis respectu* sororis aluit filiam: actionem hoc nomine contra eam non habere respondi.

77) PP. i. e. Proposita, oder Propositum kommt häufig in den Unterschriften der kaiserlichen Rescripte vor, die an Privatpersonen erlassen wurden, und bezieht sich auf die vorausgegangene Geschichtserzählung. *Proposita* ergo in facti enarratione versantur, sagt *Jac.* Gutherius de Officiis domus Augustae. Lib. I. Cap. 36. pag. 178. Man sehe auch Sammet Hermeneutik des Rechts. Sect. III. §. 11. S. 172.

78) Cit. loc. *Opp. postum.* Tom. II. pag. 938.

L. 44. D. eodem. Ulpianus *Libro VI. Disputationum.* Is qui *amicitia ductus paterna* [79]) pupillis tutorem petierit, vel suspectos tutores postulavit: nullam adversus eos habet actionem, secundum Divi Severi constitutionem [80]).

Mit Recht macht jedoch Surdus [81]) hier darauf aufmerksam, daß in allen den angeführten Gesetzen blos davon die Rede sey, ob gereichte Alimente von dem zurückgefordert werden können, dem sie gegeben worden sind. Wie also, wenn Jemand einer Person, es sey ein Verwandter oder ein Fremder, den Unterhalt gereicht hat, während ein Anderer dazu verpflichtet, und auch vermögend war? Z. B. die Mutter hat in der Abwesenheit des vermögenden Vaters die Kinder von dem Ihrigen ernährt, und besonders die Kosten des Unterrichts für sie bezahlt; oder Eins von mehreren begüterten Geschwistern hat in Abwesenheit derselben die Verpflegung der Mutter übernommen; kann nicht wenigstens hier eine Vergütung wegen der verwandten Unterhaltskosten von dem gefordert werden, der zur Alimentation verbunden gewesen wäre, z. B. die Mutter von dem Vater der Kinder, oder der Bruder von den übrigen vermögenden Geschwistern, wenn jener in der Abwesenheit der übrigen Geschwister die Mutter auf seine Kosten verpflegt und unterhalten hat?

Hierauf geht die bereits oben erklärte Stelle Ulpians *L. 5. §. 14. D. h. t.* welche uns lehrt, daß es

79) S. *L. 1. Cod. eodem.* wo diese affectio paterna eine *affectio domestica* genennt wird.

80) Diese Constitution ist die angef. *L. 1. C. de N. G.* Die L. 44. cit. hat ebenfalls Cujacius c. l. erläutert.

81) Tr. de Alimentis. Tit. VI. Quaest. 8. pag. 373. sqq.

auch hier zunächst auf die Absicht und Gesinnung ankomme, mit welcher dieser Aufwand gemacht worden ist; allein es kann doch hier im Verhältniß zu dem Verpflichteten nicht so leicht ein animus donandi angenommen werden, als solchen die Gesetze im Verhältniß zu demjenigem angenommen wissen wollen, der die Alimente genossen hat. Dieser muß daher als Einrede von dem erwiesen werden, von welchem deshalb Ersatz gefordert wird [82]).

82) S. Mevius Tom. I. P. II. Decis. 18. und Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. Nr. XCVI. S. auch oben S. 235. Anderer Meinung ist jedoch *Henr. Gottfr.* Bauer Responsor. ad Quaestion. ex iure vario. Vol. I. Resp. 46. pag. 194. sq.

Lib. XXV. Tit. IV.

De inspiciendo ventre custodiendoque partu.

§. 1291.

Ergänzung des Plancianischen Senatusconsults durch neue Vorsichtsmaasregeln gegen die Unterschiebung von Kindern, von den Divis Fratribus, und dem Prätor. I. Rescript der *Divorum Fratrum L. 1. pr. h. t.*

Es ereigneten sich zwey Fälle, worüber keines der in dem vorigen Titel erklärten Senatusconsulte, weder das Plancianische, noch das Hadrianische Senatusconsultum, Auskunft gab; nämlich

1) wenn der Mann nach getrennter Ehe behauptet, daß die Frau von ihm schwanger sey, und die Frau es läugnet.

2) Wenn die Frau nach des Mannes Tode behauptet, sie sey von ihm schwanger.

Diese beyden Fälle werden hier entschieden.

Für den ersten erliessen die Divi Fratres ein Rescript auf den Antrag des Prätors Valerius Priscianus. Die Veranlassung dazu war folgende.

Ein Mann, Rutilius Severus, von dem sich die Frau geschieden hatte, behauptete, nach erfolgter Trennung der Ehe, daß die Frau sich von ihm schwanger befinde. Die Frau stellte die Behauptung ihres geschiedenen Gatten in Abrede. Dennoch verlangt der Mann, daß ihr ein Aufseher bestellt werde, wie bey schwangern Weibern üblich ist. Ein neues, zu der Zeit noch unerhörtes Beginnen! Denn wie konnte die Frau genöthiget werden, Custodes anzunehmen, da sie dem Manne ihre Schwangerschaft nicht angezeigt hatte? Die Frau hatte also nicht Unrecht, wenn sie sich weigerte, einen Aufseher anzunehmen. Denn so lange das Kind noch im Mutterleibe sich befindet, ist es, sagt Ulpian [83]), ein Theil des Körpers, ein Theil des mütterlichen Eingeweides. Was hat denn aber der Mann noch für ein Recht an dem Körper der Frau, wenn sie von ihm geschieden ist? Erst wenn das Kind zur Welt gebohren ist, kann der Mann mit Recht durch ein Interdict verlangen, daß man ihm das Kind verabfolgen lassen, oder solches ihm selbst heimführen lassen solle. Also nach dem Plancianischen Senatusconsult konnte die verlangte custodia ventris nicht verfügt werden. Es mußte demnach eine Entscheidung von obenherab erfolgen. Der Prätor Urbanus wandte sich deßwegen an die damals regierenden Kaiser, Marcus Aurelius Antoninus und Lucius Verus, die Divi Fratres. Diese rescribirten, ein neuer Fall erfordere ein neues Mittel. Sie verordneten daher, daß wenn der Mann auf seinem Begehren beharre, das beste Auskunftsmittel sey, die Frau besichtigen zu lassen. Zu dieser Besichtigung sey das Haus einer bekannten angesehenen Frau auszuwählen, in welches die Domitia, so hieß die geschiedene

83) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

Frau, kommen, und sich untersuchen lassen solle. Dieß solle durch drey kunsterfahrne und verpflichtete Hebammen geschehen, welche von dem Prätor dazu angenommen werden sollten. Bekundeten nun entweder alle, oder wenigstens zwey derselben, daß sie die Frau für schwanger hielten; so solle man die Frau zu vermögen suchen, daß sie einen custos annehme, eben so als wenn sie ihn selbst verlangt hätte. Wenn hingegen alle, oder die mehresten auf ihre Pflicht aussagen, daß die Frau nicht schwanger sey; so sey kein Grund vorhanden zu einer Aufsicht über sie. Sie kann vielmehr gegen ihren Mann wegen der Injurie klagen, wenn er aus Haß gegen sie, und in der Absicht sie zu chikaniren, eine solche gerichtliche Untersuchung veranlaßt haben sollte.

Wir wollen nun den Ulpian, der uns dieses Rescript *libro XXIV. ad Edictum* aufbehalten hat [84]), selbst reden lassen. Die Worte der *L.* 1. *pr. h. t.* lauten, wie folgt.

Temporibus DIVORUM FRATRUM cum hoc incidisset, ut maritus quidem [85]) praegnatem mulierem diceret, uxor negaret [86]), consulti, *Valerio*

84) *Jo. Ortw.* WESTENBERG in Divo Marco. Dissertat. X. (*Operum* a *J. H.* JUNGIO *editor.* Tom. III. pag. 115 — 122.) hat dieses Rescript erklärt. Man sehe auch *Basilica* Tom. IV. Lib. XXXI. Tit. 7. pag. 754.

85) Viele Ausgaben, als Haloander, Miräus, Baudoza, Merlinus, u. a. lesen quidam.

86) Die Frau hatte sich hier von dem Manne getrennt, und läugnete vielleicht aus Haß gegen den Mann, daß sie von ihm schwanger sey, in der Absicht, ihn um das

Prisciano Praetori Urbano rescripserunt in haec verba.

Novam rem[87]) *desiderare* RUTILIUS SEVERUS *videtur, ut uxori, quae ab eo diverterat, et se non esse praegnatem profiteatur, custodem apponat: et ideo nemo mirabitur, si nos quoque* NOVUM CONSILIUM *et* REMEDIUM *suggeramus. Igitur si perstat*[88]) *in eadem postulatione, commodissimum est, eligi honestissimae feminae domum, in qua* DOMITIA *veniat: et ibi* TRES OBSTETRICES[89]) *probatae et artis*

Kind zu bringen. *L.* 39. *D. de poenis. L.* 4. *D. de extraord. criminib. L.* 8. *D. ad Leg. Cornel. de Sicar.* S. *Ant.* SCHULTING ad PAULI *Sentent. Recept.* Lib. II. Tit. 24. §. 7. (in *Jurisprud. vet. Antejustin.* pag. 314.) *Ant.* FABER Jurisprud. Papinian. Tit. IV. Princ. III. Illat. 5. p. 144. und WESTENBERG c. l. §. 4.

87) *Nova res* i. e. res ante inaudita et inusitata. In diesem Sinne wird das Wort *novum* auch von den Classikern gebraucht. S. CICERO *ad Atticum* L. III. Ep. 24. CICERO *pro Archia Poeta.* Cap. 2. CORNEL. NEPOS *in Eumene* Cap. 8. S. WESTENBERG c. l. §. 3. und TROTZ de Memoria propagata Cap. II. §. 3.

88) I. e. perseverat. S. CICERO *pro Roscio Com.* IDEM *de Officiis III.* 9. So lesen auch einige Ausgaben, z. B. Baudoza Cestius.

89) Im Nothfall hält man auch schon eine vereidete Hebamme für hinreichend, wenn an dem Orte mehr nicht vorhanden sind. *Arg. Nov. VII. Cap.* 3. §. 2. S. *Jo. Jac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disputat. XLIX. Th. 19. Man sehe jedoch *Dav.* SCHEINEMANN Diss. de oculari inspectione (*Tubingae* 1670.) §. 18 et §. 37. *Jo. Nic.* HERT Diss. de inspectione oculari. §. 29. (in EJUS *Commentation. et Opusc. se-*

et fidei, quae a TE *adsumtae fuerint, eam* INSPICIANT: *et si quidem vel omnes, vel duae renuntiaverint praegnatem videri, tunc persuadendum mulieri erit*[90]*, ut perinde custodem admittat, atque si ipsa hoc desiderasset. Quod si enixa non fuerit, sciat maritus, ad invidiam existimationemque suam pertinere: ut non immerito possit videri captasse hoc ad aliquam mulieris iniuriam: si autem vel omnes, vel plures, non esse gravidam, renuntiaverint, nulla causa custodiendi erit.*

lect. Tom. III. pag. 254 sqq.) *Andr. Flor.* RIVINI Diss. de iudicio peritorum in arte, optimo litium dirimendarum iuris remedio. (*Vitemb.* 1755.) §. 9. und Gönner's Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses. 2. B. Nr. XLV. §. 15. ff. Daß die Hebammen eben so, wie andere Zeugen, beeidiget werden müssen, wenn sie nicht schon für ihre Kunst mit einem allgemeinen Eide belegt worden sind, versteht sich. S. VOET Comment. h. t. §. 2. Die Inspectio ventris geht übrigens auf eine genaue Untersuchung und gründliche Beurtheilung aller Merkmale und Umstände, welche eine Schwangerschaft zu erkennen geben, oder nicht. S. WESTENBERG c. l. §. 9.

90) Die Kaiser haben hier den gemilderten Ausdruck *persuadere*, statt cogere, wohl unstreitig wegen der Neuheit des von ihnen eingeführten, bisher unbekannten Mittels der Besichtigung schwangerer Weiber gebraucht, so wie sie denselben auch in andern Fällen zu gebrauchen pflegten, wenn sie von der Strenge des Rechts abzuweichen, sich, postulante utilitate, bewogen fanden. Z. B. *L.* 1. §. *ult. D. de lib. exhib.* S. *Ger.* NOODT de Usufructu Lib. I. cap. 8. Daß indessen diese Persuasion nicht den Sinn habe, als ob es dem Willen der Frau überlassen seyn solle, einen Aufseher anzunehmen, erhellet aus *L.* 1. §. 3. *et* 7. *D. h. t.* S. WESTENBERG c. l. §. 12.

Paulus hat in seinen *Sentent. Recept.* Lib II. Tit. 24. §. 7. das Resultat dieses Rescripts in folgenden Worten zusammengefaßt.

Si mulier se ex viro praegnantem negat, permittitur marito ventrem inspicere, et ventri custodes dari.

§. 1291. a.

Erklärung des Rescripts nach Ulpian *L.* 1. §. 1—9. *h. t.*

Zur Erklärung dieses Rescripts bemerkt Ulpian 1) daß die beyden Senatusconsulta de agnoscendis liberis, von denen in dem vorigen Titel die Rede war, für den Fall, von welchem das Rescript spricht, keine Entscheidung enthalten hätten[91].

L. 1. §. 1. *h. t.* Ex hoc Rescripto evidentissime apparet, *Senatusconsulta de liberis agnoscendis* locum non habuisse, si mulier dissimularet se praegnatem, vel etiam negaret: nec immerito: partus enim, antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum[92]: post editum plane partum a

91) Den Unterschied zwischen jenen Senatusconsultis, und diesem Rescript entwickelt Voet h. t. §. 1. S. auch *Ger.* Noodt in *Julio Paulo* Cap. III. (*Oper.* Tom. I. pag. 571.)

92) S. *Marqu.* Freher Παρεργων s. Verisimil. Lib. I. Cap. 17. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. I. pag. 883.) und den 2. Th. dieses Commentars §. 114. Not. 71. S. 65. Man sieht jedoch, daß hier nur in Beziehung auf die SCta de agnoscendis liberis, und die Interdicta de exhibendis et ducendis liberis gesagt werde, daß das Kind im Mutterleibe ein Theil des mütterli-

muliere, iam potest maritus iure suo filium per Interdictum desiderare, aut exhiberi sibi, aut ducere permitti [93]), extra ordinem. Igitur Princeps [94]) in causa necessaria subvenit.

2) Ehe jedoch zur gerichtlich physischen Untersuchung der Schwangerschaft geschritten werden darf, muß die Frau vor Gericht gefordert, und daselbst gefragt werden, ob sie sich für schwanger halte, oder nicht. Hierauf muß sie eine bestimmte Antwort geben. Antwortet sie nicht, oder erscheint sie auf den Befehl des Prätors gar nicht vor Gericht; so kann sie durch Zwangsmittel dazu angehalten werden. Denn die Strafe des Plancianischen Senatusconsults, daß nun der Mann das Kind nicht anzuerkennen brauche, findet hier nicht Statt, wo dem Manne daran gelegen ist, das Kind als sein Kind sich zu erhalten. Die zu gebrauchenden Zwangsmittel sind Auspfändung oder Geldstrafe. Ulpian sagt:

§. 2. Secundum quod rescriptum evocari mulier ad Praetorem poterit, et apud eum interro-

chen Körpers sey. Denn für andere Beziehungen galt der Grundsatz nicht. Z. B. bey der usucapio partus ancillae furtivae wird dieses ausdrücklich geläugnet. *L.* 10. §. 2. *D. de Usurpat. et Usucap.* und *L.* 26. *D. de Verbor. Signif.* S. *Jo.* Goeddaei Commentar. in Tit. Pand. de Verbor. Signif. ad L. 26. cit. nr. 4. pag. 376 sq. (*Siegen. Nassovior.* 1597. 8.)

93) S. *Lib. XLIII. Tit.* 30. *D. de liberis exhibendis item ducendis.*

94) Statt *Princeps* will *Jo.* Van de Water Observation. iur. Rom. Lib. III. Cap. 2. pag. 339. *Praetor* lesen. Allein ohne Grund. Man sehe *B.* Voorda Thes. controv. Decad. XVI. §. 1.

gari, an se putet praegnatem: cogendaque erit respondere.

§. 3. Quid ergo, si non responderit, aut non veniat ad Praetorem? numquid Senatusconsulti poenam adhibemus, scilicet ut liceat marito non agnoscere? Sed finge, non esse eo contentum maritum: qui se patrem potius optet, quam carere filio velit. Cogenda igitur erit remediis Praetoris, et in ius venire, et si venit, respondere: pignoraque eius capienda, et distrahenda, si contemnat: vel multis coërcenda.

3) Sagt die Frau auf geschehenes Befragen, sie sey schwanger, so muß die Vorschrift des Plancianischen Senatusconsults beobachtet werden. Läugnet sie es aber, so muß der Prätor vermöge des Rescripts Hebammen bestellen, die sie untersuchen. Der Mann aber darf nicht für sich eine Hebamme hinzuziehen, so wenig als die Frau; sondern alle die Hebammen, welche zur Besichtigung erforderlich sind, müssen vom Prätor ernannt werden. Der Prätor muß auch das Haus einer achtbaren Frau auswählen, in welcher die Besichtigung vorzunehmen ist.

§. 4. Quid ergo, si interrogata dixerit se praegnatem? Ordo Senatusconsultis [95]) expositus se-

95) Mehrere Ausgaben lesen hier Senatusconsulti. Z. B. Haloander, Merlin, Baudoza, Miräus u. a. *Ant.* Schulting in Notis ad Dig. s. Pandect. a *Smallenburg.* edit. Tom. IV. ad h. §. pag. 378. zieht jedoch die florentinische Lesart vor, wegen §. 1. h. L. Soviel ist indessen gewiß, daß hier nur vom Senatusconsulto Planciano die Rede seyn kann.

quetur [96]): quod si negaverit, tunc secundum hoc rescriptum Praetor debebit obstetrices adhibere.

§. 5. Et notandum, quod non permittitur marito vel mulieri obstetricem adhibere, sed omnes a Praetore adhibendae sunt.

§. 6. Item Praetor domum honestae matronae eligere debet, in qua [97]) mulier veniat, ut possit inspici.

4) Widersetzt sich die Frau der Besichtigung, oder findet sie sich in dem dazu bestimmten Hause gar nicht ein, so können auch hier angemessene Zwangsmittel gebraucht werden.

96) *Sequetur* ist hier soviel, als servetur, wie auch Einige lesen wollen. Allein die Ausleger sind hier einverstanden, daß Ulpian das Wort sequetur im passiven Sinn genommen habe, wie in den Pandecten gar nicht ungewöhnlich ist, daß Deponentia als Passiva gebraucht werden. Eine Menge Beyspiele haben *Corn. van* Bynkershoek Observation. iur. Rom. Lib. I. Cap. 25. *Io. Ortw.* Westenberg in Divo Marco. Diss. X. §. 7. gesammlet. Man sehe auch *Ant.* Schulting Notae ad Dig. s. Pandect. Tom. I. pag. 253. und Tom. IV. ad h. §. 4. pag. 378. und *Joach. Jo.* Schwartz Specim. Observation. ad varia Jurisconsultor. veterum fragmenta. (*Lugd. Batavor.* 1750. 4.) Cap. II. §. 5.

97) Haloander, Baudoza, Merlin und mehrere andere Ausgaben, auch die neueste von Beck lesen in quam, und diese Lesart ist allerdings richtiger. Nicht ohne Grund nimmt Gebauer hier eine Gemination des Buchstabens M. an.

Quid ergo, si inspici se non patiatur, vel ad domum non veniat? Aeque Praetoris auctoritas interveniet.

5) Haben alle, oder die meisten Hebammen, nach geschehener Untersuchung, ausgesagt, die Frau sey nicht schwanger; so kann der Mann, im Falle einer sich seiner Seits ergebenden Chikane, wegen der Injurie belangt werden. Jedoch wird die Absicht, die Frau zu beleidigen, dadurch entfernt, wenn der Mann Grund hatte zu glauben, die Frau sey schwanger, oder wenn ihn der sehnsuchtsvolle Wunsch, einen Leibeserben zu erhalten, zur Veranstaltung einer Besichtigung verleitete, oder wenn die Frau ihn selbst dazu dadurch veranlaßt hatte, daß sie noch während der Ehe vorgab, sie sey schwanger. Diese Gründe müssen billig den Mann gegen die Injurienklage schützen [98].

§. 8. Si omnes, vel plures renuntiaverint, praegnatem non esse, an mulier possit iniuriarum experiri ex hac causa? Et magis puto, agere eam iniuriarum posse: sic tamen, *si iniuriae faciendae causa id maritus desideravit.* Ceterum, si non iniuriae faciendae animo, sed quia iuste credidit, vel nimio voto liberorum suscipiendorum ductus est, vel ipsa eam illexerat, ut crederet, quod constante matrimonio hoc fingebat, aequissimum erit ignosci marito.

6) Haben hingegen alle, oder zwey von den Hebammen, welche die Frau untersucht haben, pflichtmäßig ausgesagt, daß sie die Frau für schwanger hielten, so kann der Mann auf Beyordnung von Aufsehern dringen,

98) *L. 5. Cod. de Iniuriis.* (IX. 35.)

welche die Frau annehmen muß, wie aus den oben angeführten Worten des Rescripts selbst erhellet [99]).

7) Endlich ist noch zu bemerken, daß das Rescript dem Manne keine gewisse Zeit vorschreibt. Hierin unterscheidet es sich vorzüglich von dem Plancianischen Senatusconsultum. Denn dieses setzt der geschiedenen Frau eine Zeit von dreyßig Tagen zur Anzeige ihrer Schwangerschaft. Indessen pflegt doch auch hier der Prätor eine Untersuchung der Sache vorausgehen zu lassen, wenn der Mann noch nach dreyßig Tagen die Besichtigung seiner geschiedenen Gattin verlangt.

§. 9. Meminisse autem oportet, *tempus non esse praestitutum Rescripto:* quamvis in Senatusconsultis de liberis agnoscendis triginta dies praestituantur mulieri. Quid ergo [100])? Semper [1]) dicemus marito licere uxorem ad Praetorem evocare? an vero et ipsi triginta dies praestituimus? Et putem, *Praetorem causa cognita debere maritum et post triginta dies audire.*

Von dem Hadrianischen Senatusconsultum de liberis agnoscendis unterscheidet sich hingegen das Rescript darin, daß jenes auch noch post partum iam editum Statt findet, dahingegen in diesem Falle das Rescript keine Anwendung mehr hat, sondern nun das Interdictum de exhibendis aut ducendis liberis gebraucht werden muß [2]).

99) *L.* 1. *pr. D. h. t.*

100) Mehrere Ausgaben, z. B. Haloander, Miräus, Baudoza lesen: Quid igitur est?

1) Haloander und die angeführten haben: Semperne.

2) S. Voet Comm. h. t. §. 1.

§. 1292.

II. Edict des Prätors. *L.* 1. §. 10. *D. h. t.*

Der andere Fall ist, wenn die Frau erst nach des Mannes Tode sich für schwanger erklärt. Für diesen Fall machte der Prätor ein eigenes Edict bekannt. Sollte es vielleicht denselben Prätor zum Urheber haben, auf dessen Antrag jenes Rescript der Divorum Fratrum war erlassen worden [3])? Ulpian hat uns das Edict selbst *L.* 1. §. 10. *h. t.* in folgenden Worten aufbehalten. De inspiciendo ventre, custodiendoque partu sic Praetor ait:

Si mulier mortuo marito praegnatem se esse dicet, his, ad quos ea res pertinebit, procuratorive eorum [4]), *bis in mense denuntiandum curet, ut mittant, si velint, quae ventrem inspicient. Mittantur*

3) Daß wenigstens nach dem Edictum perpetuum das Ediciren der Prätoren, wenn es auch mit dem zunehmenden Einfluß der kaiserlichen Rescripte seltner geworden seyn mochte, doch nicht ganz aufgehört habe, ist jetzt allgemein angenommen. S. Siegm. Wilh. Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts bis Justinian. 1. B. 1. Abth. §. 40. S. 131—133. Jedoch scheinen ihre neuen Edicte mehr nur supplendi, wie das gegenwärtige, als corrigendi iuris civilis gratia proposita zu seyn. S. *Chr. Frid.* Mühlenbruch Doctrina Pandectar. Vol. I. §. 6. pag. 15.

4) Haloander, Baudoza, Merlin, Miräus, u. a. auch Beck lesen procuratoribusve eorum. Damit stimmen auch die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXXI. Tit. 7. Const. un. überein, wo es heißt: *ἢ προκουράτωρσιν αὐτῶν.* In den nachher folgenden Worten ist auch immer der Pluralis gebraucht.

autem mulieres liberae dumtaxat QUINQUE: *haeque simul omnes inspiciant: dum ne qua earum, dum inspicit, invita muliere, ventrem tangat. Mulier in domo honestissimae feminae pariat, quam ego constituam. Mulier ante dies triginta, quam parituram se putat, denuntiet his, ad quos ea res pertinet, procuratoribusve eorum, ut mittant, si velint, qui ventrem custodiant. In quo conclavi mulier paritura erit, ibi ne plures aditus sint, quam unus: si erunt, ex utraque parte tabulis praefigantur. Ante hostium eius conclavis liberi tres, et tres liberae cum binis comitibus*[5] *custodiant. Quotienscumque ea mulier in id conclave, aliudve quod, sive in balineum ibit, custodes, si volent, id ante prospiciant: et eos, qui introierint, excutiant. Custodes, qui ante conclave positi erunt, si volunt, omnes, qui conclave aut domum introierint, excutiant. Mulier, cum parturire incipiat, his, ad quos ea res pertinet, procuratoribusve eorum denuntiet, ut mittant, quibus praesentibus pariat. Mittantur mulieres liberae dumtaxat quinque: ita ut, praeter obstetrices duas, in eo conclavi ne plures mulieres liberae sint, quam decem: ancillae, quam sex. Hae, quae intus futurae erunt, excutiantur omnes in eo conclavi, ne qua praegnas sit. Tria lumina, nec*[6] *minus, ibi sint:*

5) In den *Basilic.* Tom. IV. Lib. XXXI. Tit. 7. pag. 755. heißt es: καὶ δύο στρατιῶται φυλάττουσιν, i. e. *cum binis militibus custodiant.*

6) Die Lesart *nec*, welche Haloander, Baudoza, Merlinus u. a. auch Beck haben, ist dem *ne* der florentinischen Lesart unstreitig vorzuziehen.

scilicet, quia tenebrae ad subiiciendum aptiores sunt[7]. *Quod natum erit, his, ad quos ea res pertinet, procuratoribusve eorum, si inspicere volent, ostendatur. Apud eum educetur*[8], *apud quem parens iusserit. Si autem nihil parens iusserit, aut is, apud quem voluerit educari, curam non recipiet, apud quem educetur, causa cognita constituam. Is, apud quem educabitur, quod natum erit, quoad trium mensium sit, bis in mense: ex eo tempore, quoad sex mensium*[9] *sit, semel in mense: a sex mensibus, quoad anniculus fiat, alternis mensibus, ab anniculo, quoad fari possit, semel in sex mensibus, ubi volet, ostendat. Si cui ventrem inspici, custodiri, adesseve*[10] *partui licitum non erit, factumve quid erit,*

7) Die Worte scilicet — aptiores sunt, sind nicht Worte des Edicts, sondern Glosse eines Rechtsgelehrten. S. *Ant.* Schulting Not. ad Dig. s. Pand. Tom. IV. pag. 378. und Voorda Thes. controv. Dec. XVI. §. 3.

8) So lesen Baudoza und Merlinus; und diese Lesart scheint richtiger zu seyn, als das *educatur* in der florentinischen Ausgabe, welches vielleicht, wie Brenkmann bemerkt, durch das Vorhergehende ostendatur veranlaßt worden ist. Haloander, Miräus und Beck haben jedoch die florentinische Lesart beybehalten.

9) In der florent. Ausgabe heißt es mensum, statt mensium, welches an mehreren Orten der florentinischen Pandecten vorkommt, und selbst den Classikern nicht fremd ist, wie *Scip.* Gentilis Parerg. ad Pandectas. Lib. I. cap. 33. (in *Thes. I. R. Otton.* Tom. IV. pag. 130.) durch mehrere Beyspiele erwiesen hat.

10) Die florentinische Ausgabe hat: custodirive, adesse. Allein die haloandrische Lesart, welcher auch Miräus

quominus ea ita fiant, uti supra comprehensum est, ei, quod natum erit, possessionem causa cognita non dabo: sive quod natum erit, ut supra cautum est, inspici non licuerit. Quas utique actiones me daturum polliceor his, quibus ex Edicto meo bonorum possessio data sit: eas, si mihi iusta causa videbitur esse, ei non dabo.

Vermöge dieses Edicts soll also die Frau, wenn sie sich, nach dem Tode ihres Mannes, für schwanger erklärt, denjenigen, welchen solches zu wissen nöthig ist, das heißt, welche wegen der Erbschaft des Mannes dabey betheiliget sind, oder deren Anwälten binnen einem Monat, also binnen 30 Tagen, und zwar zweymal die Anzeige davon machen, damit sie wegen der näheren Untersuchung der Schwangerschaft die nöthigen Veranstaltungen treffen können. Diese bestehen nun in folgender gesetzlicher Anordnung.

Es sollen Weiber, und zwar fünf freye Weiber, geschickt werden, welche alle zugleich die Frau besichtigen sollen, jedoch so, daß keine derselben den Leib der Frau, wider ihren Willen, bey der Besichtigung berühren darf. Die Entbindung soll dann in dem Hause einer ehrbaren Frau geschehen, welches vom Prätor zu bestimmen ist. Sie soll aber ihre herannahende Niederkunft, dreyßig Tage vorher denjenigen, welche dabey betheiliget sind, oder deren Bevollmächtigten, bekanntmachen, um für genaue Aufsicht Sorge zu tragen, und zwar soll hier folgende Vorsicht gebraucht werden.

In dem Zimmer, worin die Entbindung geschieht, soll nicht mehr, als eine Thüre, zum Ein- und Ausgang

und Beck den Vorzug gegeben haben, ist weit verständlicher.

gelassen, die übrigen Thüren, welche etwa noch darin befindlich sind, sollen verschlossen, und von innen und außen mit Brettern versperrt werden. Vor dem Eingange dieses Zimmers sollen sechs freye Personen, drey männlichen, und drey weiblichen Geschlechts, unter militairischer Aufsicht von zwey Mann, die Wache halten. Diese Wächter sollen auch, wenn sich die Frau in ein anderes Zimmer, oder ins Bad begeben will, sich vorher sorgfältig darin umsehen, und diejenigen, welche in ein solches Zimmer, oder in das Haus eingehen, genau durchsuchen. Treten die Kennzeichen der baldigen Niederkunft ein; so soll die Frau solches nochmals denen anzeigen, welche dabey interessirt sind, oder auch deren Bevollmächtigten, daß sie Personen schicken, in deren Gegenwart sie entbunden wird. Dieß sollen wenigstens fünf freye Weiber seyn, jedoch so, daß in dem Zimmer, worin die Frau niederkommt, außer zwey Hebammen, nicht mehr als zehen freye Weiber, und sechs Sklavinnen gegenwärtig seyn sollen. Auch sollen die Weiber, welche in dieses Zimmer gelassen werden, sich vorher durchsuchen lassen, damit nicht eine unter ihnen schwanger sey. Damit nun aber auch alles verdächtige Dunkel entfernt werde; so sollen drey Lichter, und nicht weniger, in diesem Zimmer brennen.

Ist das Kind zur Welt gebohren, so soll es denen, welchen daran gelegen ist, vorgezeigt werden, wenn sie dasselbe in Augenschein zu nehmen verlangen. Erzogen soll es aber bey dem werden, den der Vater dazu bestellt hat. Hat der Vater deshalb keine Anordnung gemacht, oder will derjenige, dem der Vater die Erziehung übertragen hat, diese Sorge nicht übernehmen; so muß der Richter wegen der Erziehung des Kindes das Nöthige anordnen.

Damit man ferner von dem Leben des Kindes versichert seyn könne, soll derjenige, bey welchem es erzogen wird, dasselbe zu gewissen Zeiten vorzeigen, nämlich so lang bis das Kind drey Monat alt ist, zweymal in einem Monat, von dieser Zeit an, bis es sechs Monat alt, einmal des Monats, von sechs Monaten an, bis es ein Jahr alt ist, einen Monat um den andern, und von einem Jahre an, solange, bis das Kind reden gelernt hat, alle sechs Monate einmal.

Hat die Frau diese Vorschriften nicht beobachtet, so hat sie keinen Anspruch auf die Bonorum possessio ventris nomine [11]), und das Kind verliert die Bon. poss. ex Edicto Carboniano [12]), jedoch nach richterlichem Ermessen [13]).

§. 1292. a.

Ulpians Erklärung des Edicts *L.* 1. §. 11—15. *h. t.*

Ulpian bemerkt hier, das Edict sey zwar leicht zu verstehen, dennoch aber wolle er die Auslegung desselben nicht ganz übergehen. Er erklärt daher zuerst die Worte des Edicts: *his, ad quos ea res pertinebit*, und ver-

11) S. *Lib. XXXVII. Tit.* 9. *Dig. de ventre in possessionem mittendo.*

12) *Lib. XXXVII. Tit.* 10. *Dig. de Carboniano Edicto.* S. Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. VI. Not. g. pag. 85. und Egid. von Löhr über die B. P. ex Edicto Carboniano. (im Magazin für die Philos. und Geschichte des Rechts und der Gesetzgeb. von Grolman 2. B. S. 451 ff.)

13) S. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. B. §. 28. a. E.

steht darunter die Erbinteressenten des Mannes, welche in dem Falle, da keine Schwangerschaft vorhanden ist, Anspruch auf des Mannes Verlassenschaft haben.

§. 11. Quamvis sit manifestissimum Edictum Praetoris, attamen non est negligenda interpretatio eius.

§. 12. Denuntiare igitur mulierem oportet his scilicet, quorum interest, partum non edi, vel totam habituris hereditatem, vel partem eius, sive ab intestato, sive ex testamento.

Unter den Erbinteressenden sind aber doch nur diejenigen zu verstehen, welche die nächste Hoffnung zur Erbschaft des Mannes haben. Hat daher derselbe einen Erben eingesetzt, und diesem einen Andern substituirt; so braucht die Wittwe ihre Schwangerschaft nur dem Erben, nicht dem Substituten, anzuzeigen.

Ist der Mann ohne Testament gestorben, so geschieht die Anzeige nur den nächsten Intestaterben. Sind jedoch mehrere Miterben vorhanden, so muß die Wittwe ihre Schwangerschaft allen bekannt machen.

§. 14. Denuntiari autem oportet his, *quos proxima spes successionis contingit:* utputa primo gradu heredi instituto: non etiam substituto: et, si intestatus paterfamilias sit, his, qui primum locum ab intestato tenent: *si vero plures sint simul successuri, omnibus denuntiandum est.*

Zur Erläuterung der letztern Worte des Edicts, bemerkt Ulpian noch, daß Einfalt und Unkunde der Mutter dem Kinde nicht zum Nachtheil gereiche; so wie denn auch die Vernachlässigung einer solchen Bestimmung, wor-

auf in der Hauptsache nicht so sehr viel ankommen soll, kein Grund sey, dem Kinde die bonorum possessio zu versagen. Z. B. es haben vor der Stube, worin die Entbindung geschahe, nicht drey, sondern nur zwey Wächter gestanden. Wenn also gleich sonst die Unkunde der Rechte bey der Bonorum possessio auch nicht einmal den Frauenspersonen zur Entschuldigung gereicht [14]; so soll doch diese Strenge hier nicht schlechterdings Statt finden, sondern der Prätor hat sich hier die Cognition vorbehalten, wenn die Vorschriften des Edicts nicht befolgt worden sind [15]. Ulpian sagt:

§. 15. Quod autem Praetor ait: *causa cognita se possessionem non daturum, vel actiones denegaturum*, eo pertinet, ut si per rusticitatem aliquid fuerit omissum ex his, quae Praetor servari voluit, non obsit partui. Quale est enim, si quid ex his, quae leviter observanda Praetor edixit, non sit factum, partui denegari bonorum possessionem?

Ueberhaupt soll hierbey zugleich auf den Gebrauch eines jeden Landes Rücksicht genommen, und dieser beobachtet werden, wie Ulpian noch zuletzt hinzufügt.

Sed mos regionis inspiciendus est, et secundum eum et observari ventrem et partum, et infantem oportet.

Heutzutage wird jedoch diese Förmlichkeit bey Untersuchung der Schwangerschaft einer Wittwe gewöhnlich

14) *L.* 6. *Cod. Qui admitti ad bon. possession. possunt.*

15) S. *Caes.* COSTAE Variar. ambiguitatum iuris Lib. II. Cap. 3. (in *Thes. I. R. Otton.* Tom. IV. pag. 1211.) und VOET Comm. ad Pand. h. t. § 4.

nicht mehr beobachtet. Darin sind alle practische Juristen [16]) einverstanden. Daß auch heutzutage die Wittwe, welche sich für schwanger hält, ihre Schwangerschaft denen anzeigen müsse, welche wegen der zu hoffenden Erbfolge dabey interessirt sind, hat keinen Zweifel. Zwar will Leyser [17]) auch selbst die Anzeige nicht einmal mehr für schlechterdings nothwendig halten, er sagt, sie sey der Wittwe nur nützlich, um allen Verdacht der Unterschiebung eines Kindes zu entfernen, und sich den Beweis der Geburt zu erleichtern; in dieser Hinsicht hätten sie die Röm. Gesetze der Wittwe blos angerathen, aber nicht vorgeschrieben. Allein das Gegentheil ergiebt sich aus den Worten des Edicts, und der mit Vernachlässigung der Vorschrift desselben verknüpften Strafe. Richtiger behauptet Berger [18]), daß die Wittwe durch die unterlassene Anzeige zwar nicht dem Kinde, aber sich allerdings in Rücksicht der bonorum possessio präjudicire. Wenn nun auch gleich heutzutage die in dem Edict des Prätors vorgeschriebene Förmlichkeit nicht mehr beobachtet wird; so geschieht doch die Untersuchung der Schwangerschaft gewissermassen noch mit mehrerer Vorsicht als bey den Römern. Denn Erstens wird die Untersuchung nicht den Hebammen allein anvertraut, sondern sie geschieht unter der Leitung des gerichtlichen Arztes, oder sie wird einem

16) S. SCHILTER Praxis iuris Rom. Exercit. XXXVI. §. 125. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 1. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 2. *Mich. God.* WERNHER Lectissim. Commentation. in Pand. P. II. h. t. §. 1. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 508.

17) Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXVI. medit. 2. et 3.

18) Oeconom. iuris. Lib. I. Tit. III. Th. 15. Not. 16.

geübten Geburtshelfer übertragen [19]). Das Röm. Recht hat freylich, in Rücksicht auf weibliche Schaamhaftigkeit, die Untersuchung eines weiblichen Körpers auch Frauen anvertrauen zu müssen geglaubt, allein diese Berücksichtigung kann, wie ein sehr angesehener Lehrer der gerichtlichen Medicin [20]) sagt, hier um so weniger Statt finden, als wahre Schaamhaftigkeit nur durch unsittliche Handlungen, nicht aber durch solche, welche die Gerechtigkeit fordert, verletzt werden kann, und man überdies durch die anständige Art, womit die ärztliche Untersuchung geschehen muß, selbst das Zartgefühl des Weibes hinreichend zu schonen vermag. Zweytens ist auch die römische Art der Besichtigung, bey aller ihrer Förmlichkeit, dennoch unvollkommen, weil nach dem Edict den Hebammen, bey der Besichtigung, den Leib der Frau wider ihren Willen zu berühren, nicht erlaubt ist [21]). Daß nach geschehener Besichtigung, wenn die Wittwe wirklich schwanger befunden wird, diejenigen, welchen wegen der Erbfolge daran gelegen ist, die Anordnung der erforderlichen Vorsichtsmaßregeln durch eine anständige Aufsicht, welche einer ehrbaren und vertragsamen Matrone übertragen zu werden pflegt, verlangen können, bringt die Natur der Sache mit sich, es ist auch hierin das römische Recht nicht aufgehoben [22]).

19) S. Henke Lehrbuch der gerichtlichen Medicin. §. 43.

20) Mende im Handbuche der gerichtlichen Medizin. 2. Th. §. 99. S. 44.

21) S. Ploucquet über die physischen Erfordernisse der Erbfähigkeit der Kinder. §. 46.

22) S. Leyser cit. Specim. medit. 4. et 5. pag. 424. von Wenig-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. Band. §. 28. Man vergleiche auch das allge-

§. 1292. b.

Erklärung der übrigen Rechtsgelehrten, des Julianus, Paulus, und Scävola. *L.* 2. 3. *et* 4 *h. t.*

Die folgenden Gesetzstellen dieses Titels enthalten die Erklärungen des Julianus, Paulus und Scävola, und bedürfen einiger Erläuterung.

1) Die *L.* 2. *h. t.* ist aus Juliani *libro XXIV. Digestorum* genommen, und lautet so.

Edictum de custodiendo partu derogatorium est eius, quod *ad Carboniani decreti exemplum* comparatum est. §. 1. Sed hoc aliquando remittere Praetor debet, si non malitia, sed imperitia mulieris factum fuerit, ne venter inspiceretur, aut partus custodiretur.

Die Anfangsworte dieser Stelle versteht man gewöhnlich so, daß der Prätor in dem Edict de custodiendo partu dem Kinde die bonorum possessio ex Edicto Carboniano versage, wenn die Mutter die Vorschriften jenes Edicts nicht beobachtet hat [23]. Das *derogatorium* soll also soviel, als denegatorium seyn. Dionysius Gothofredus [24]) bemerkt, daß Albericus auch so gelesen zu haben scheine. Wie kann aber, sagt die Glosse, das factum der Mutter dem Kinde schaden? In der Hauptsache der Filiation wohl nicht, antwortet sie, wenn das Kind diese beweisen kann, aber doch insofern, daß aus der Vernachlässigung der Mutter

meine Preuß. Landrecht. 2. Th. 2. Tit. 1. Abschn. §. 26 — 36.

23) S. die Glosse zu dieser L. 2. und Pothier Pandect. Iustin. Tom. II. h. t. Nr. IX. pag. 86.

24) Not. 63. nach der van Leeuwenschen Ausgabe.

die Vermuthung gegen das Kind erwächst, es sey nicht von ihrem verstorbenen Manne. Es kann ihm daher wohl die bonorum possessio Carboniana dereinst versagt werden, wenn es nicht wenigstens einige Wahrscheinlichkeit für sich hat, daß es ein rechtmässiges Kind des verstorbenen Erblassers sey. Warum sagt denn aber Julian *ad Carboniani decreti exemplum?* Einem unmündigen Kinde des Erblassers, dem sein Status, und sein Erbrecht zugleich bestritten wird, stehe ja die bonorum possessio ex edicto Carboniano directo zu. Die Glosse antwortet: ad exemplum antiqui solennis datur hodie *utile*, cui hic derogatur. Anders erklärt die Worte: *ad Carboniani decreti exemplum*, Cujaz [25]). Der Prätor Carbo, sagt er, habe zuerst in seinem Edict einen impubes, welchem Erbrecht und status zugleich bestritten wird, causa cognita, d. h. decreto interposito, in den Besitz der bestrittenen Erbschaft zu immittiren versprochen, und zwar dergestalt, daß der Beweis der rechtmässigen Abstammung von dem Erblasser bis zur erlangten Pubertät aufgeschoben werden, und er in der Zwischenzeit die Alimente aus der Erbschaft ziehen solle. Ad exemplum huius Edicti, quod erat annuum (so wie auch die iurisdictio Praetoris nur annua gewesen) [26]) hätten die nachfolgenden Prätoren eine gleiche bonorum possessio versprochen. Wie nun nachher unter Hadrian aus den edictis Praetorum annuis das Edictum perpetuum sey ver-

25) Commentar. in Lib. XXIV. Digestor. Salvii Juliani ad L. 7. D. de Carbon. Edicto, et L. 2. D. de ventre inspic. (in *Opp. postum.* a Fabroto *edit.* Tom. III. pag. 179.)

26) §. 1. *I. de perpet. et temporalib. actionib.*

fertiget worden; so habe unser Julian, dem K. Hadrian die Verfertigung dieser Sammlung aufgetragen, auch das Carbonianische Edict mit in das Edictum perpetuum aufgenommen. Daher komme es denn, daß man jetzt sage, den Unmündigen werde die bonorum possessio nicht sowohl ex Carboniano edicto, als vielmehr ex Edicto perpetuo *ad exemplum et similitudinem Carboniani* gegeben.

Allein alle diese Erklärungen sind unrichtig. Es ist hier nicht von dem Edicto Carboniano, sondern von dem Edicto de ventre in possessionem mittendo die Rede. Dieß erhellet ganz klar daraus, weil Julian nachher sagt, der Prätor müsse zuweilen Nachsicht eintreten lassen, wenn die Unterlassung dessen, was das Edict de ventre inspiciendo et custodiendo partu vorschreibt, nicht aus Bosheit, sondern aus Unverstand und Unkunde des Weibes geschehen ist. Mit Recht konnte aber auch Julian das Edictum de ventre in possessionem mittendo ein solches nennen, quod *ad Carboniani decreti exemplum* comparatum est. Denn vermöge dieses Edicts giebt der Prätor der schwangern Wittwe die Immission in die Güter ihres verstorbenen Gatten, um während ihrer Schwangerschaft die Alimente aus der Erbschaft zu genießen, und dem künftigen Leibeserben ihres Mannes die Erbschaft zu erhalten, jedoch nur in dem Falle, wenn das Kind, welches sie trägt, sofern es schon gebohren wäre, nach dem edictum Carbonianum die Immission selbst fordern könnte [27]. Wird

27) *L. 1. §. 2. et 11. in fin. D. de ventre in possess. mitt.* S. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. B. Buch V. §. 205.

ihr nun die Schwangerschaft, oder die Behauptung, daß sie von ihrem verstorbenen Gatten schwanger sey, in Streit gezogen, so interponirt der Prätor ein Decret *ad exemplum Carboniani Edicti*, wie folgende Stelle aus Ulpians *libro XLI. ad Edictum* ausser Zweifel setzt:

L. 1. §. 14. D. de ventre in possessionem mittendo. Si ea, quae in possessionem vult ire, uxor negetur, vel nurus, vel esse, vel fuisse, vel ex eo praegnas non esse contendatur; *decretum interponit Praetor ad exemplum Carboniani Edicti.* Et ita Divus Hadrianus *Claudio Proculo* Praetori rescripsit, ut summatim de re cognosceret: et, si manifesta calumnia videbitur eius, quae ventris nomine in possessionem mitti desiderat, nihil novi decerneret: si dubitari de re poterit, operam daret, ne praeiudicium fiat ei, quod in utero est: sed ventrem in possessionem mitti oportet. — §. 15. Et generaliter, *ex quibus causis Carbonianam bonorum possessionem puero Praetor dare solitus est, ex hisdem causis ventri quoque subvenire Praetorem debere non dubitamus*: eo facilius, quo favorabilior est causa partus, quam pueri; partui enim in hoc favetur, ut in lucem producatur: puero, ut in familiam inducatur: partus enim iste alendus est: qui et si non tantum parenti, cuius esse dicitur, verum etiam Reipublicae nascitur.

Auf diesen richtigen Weg der Auslegung ist zuletzt auch die Glosse gerathen, welche ihrer ersten Erklärung noch die zweyte hinzufügt, in den Worten:

„Vel dic, hic loqui *de Edicto de ventre in possessionem mittendo*, cui haec derogat, ut mulier possit remitti, nisi servaverit solennia huius Edicti, illud enim est ad exemplum Carboniani, ut infra de ventre in possessionem mittendo.

2) Die *L.* 3. *h. t.* ist aus Pauli *libro XIV. ad Plautium.*

Qui ventri *substitutus* est, vel institutus, *si ventrem servare velit*, audiendus est.

Oben sagte Ulpian [28]), wenn dem eingesetzten Erben ein Anderer substituirt worden ist, so sey es genug, wenn die Anzeige der Schwangerschaft nur dem Erben geschieht. Hier ist es nun aber anders, wenn dem ventri, d. h. dem noch ungebohrnen Kinde [29]) ein Erbe substituirt worden ist. Dieß kann wohl mit der Glosse nur von dem Falle verstanden werden, wenn der postumus zum Erben eingesetzt worden, und auf den Fall, wenn kein Kind gebohren werden sollte, ein Anderer substituirt worden ist. Denn ist das Kind enterbt, so giebt der Prätor der Wittwe keine bonorum possessio ventris

28) *L.* 1. §. 14. *D. h. t.*

29) Das Wort *venter* wird also in diesem Titel in zweyerley Bedeutung genommen, 1) für die schwangere Frau, wie z. B. wenn von der missio ventris in possessionem die Rede ist. *L.* 30. §. 1. *D. de acquir. vel omitt. hered.* 2) für die noch ungebohrne Leibesfrucht. Z. B. venter est institutus vel exheredatus. *L.* 30. §. 2. *D. eodem.* venter praeteritus est. *L.* 84. *D. eodem.* S. Brissonius de Verb. Signif. Voc. *Venter.* und *Alph. a* Carranza de partu naturali et legitimo. Cap. II. Princ. nr. 1. pag. 66.

nomine [30]), weil die Wittwe sie nur in dem Falle erhält, wenn dem Kinde, als gebohren, die bonorum possessio zustehen würde [31]). Diese aber giebt der Prätor keinem rite enterbten Kinde [32]). Es müßte denn der venter unter der Bedingung enterbt worden seyn, wenn ein Sohn gebohren werden sollte. Hier kann die Wittwe die Immission erhalten, weil es ungewiß ist, ob nicht auch eine Tochter gebohren werden kann [33]).

Ist nun also Jemand dem postumus substituirt worden; so muß diesem Substituten die Schwangerschaft von der Wittwe, zur Wahrnehmung seines Interesse, angezeigt werden. Denn ihm ist propter spem successionis daran gelegen, ut venter servetur. Von was für einen Substituten aber hier die Rede sey, ist unter den Auslegern streitig. Anton Schulting [34]) nimmt einen *vulgariter* substitutum an. Bartolus, auch Dion. Gothofredus einen Pupillar-Substituten. Anton Faber [35]) hat diese Meinung weitläuftig zu widerlegen gesucht. Allein ohne hinlänglichen Grund. Denn es kann ja auch einem postumus pupillarisch substituirt werden [36]), und überdem begreift ja bey der Substitution der Unmündigen, nach einer Verordnung der Kaiser Divus Marcus und Verus, der eine ausgedruckte Fall den andern immer stillschweigend unter sich [37]).

30) *L.* 1. §. 2. *D. de ventre in possess. mitt.*

31) *L.* 1. §. 11. *D. eodem. L.* 10. *in fine D. eodem.*

32) *L.* 8. *D. de Bon. poss. contra tabb.*

33) *L.* 1. §. 3. *D. de ventre in poss. mitt.*

34) Notae ad Dig. s. Pand. Tom. IV. ad h. L. 3. pag. 380.

35) De Errorib. Pragmaticor. Decad. XXXIII. Err. 3.

36) *L.* 2. *pr. D. de vulg. et pupill. substitut.*

37) *L.* 4. *pr. D. eodem. L.* 4. *Cod. de impuber. et aliis*

Wenn Paulus sagt: *vel institutus*, so kann man dieß entweder so verstehen, daß der Erbe, ventre praeterito, oder zugleich mit ihm eingesetzt worden ist. Wenn er endlich hinzufügt, *si ventrem servare velit, audiendus est;* so heißt dieß wohl nichts anders, als daß hier der Substitut die Anordnung der in dem Edict wegen der custodia ventris vorgeschriebenen Maßregeln verlangen könne. Die Glosse erklärt das Wort *servare* durch inspicere. Allein von einer Untersuchung der Schwangerschaft kann wohl hier keine Frage weiter seyn; *servare* heißt hier vielmehr soviel, als custodire, in welcher Bedeutung dieses Wort öfters gebraucht wird [38]). So erklärt diesen Ausdruck auch Dion. Gothofredus.

3) Das letzte Fragment ist aus Scävola's *libro* XX. *Digestorum* genommen.

Is, a quo, si sine liberis decessisset, quidquid ad eum ex bonis pervenisset, sorori fideicommissum relictum erat, decessit, postuma herede instituta [39]), et substitutis aliis. Quaesitum est, cum uxor, defuncti praegnatem se dicat, an sorori, procuratorive eius, secundum formam Edicti, ventrem inspicere, et partum custodire permittendum sit? Respondi, in eiusmodi specie, de qua quaereretur, posse videri ad eius, cui fideicommissum datum esset, sollicitudinem

substitut. S. *Claud.* Chifletii Tr. de Substitutionibus. Cap. XIV. (in *Thes. Jur. Rom.* Otton. Tom. V. pag. 709. sq.) und *Ge. D'*Arnaud Vitae Scaevolarum. (*Traj. ad Rhen.* 1767. 8.) §. 34. pag. 95.

38) S. Brissonius de Verb. Signif. Voc. *Servare.* nr. 5.

39) Haloander liest hier postumo herede instituto. Allein die Vulgata stimmt hier mit der Florentina überein.

perspiciendum [40]), idque causa cognita statuendum.

Scävola giebt hier noch ein Beyspiel, daß auch der Fideicommissar custodiam partus verlangen könne. Der Fall ist folgender. A. hat den B. zum Erben eingesetzt, jedoch verordnet, daß wenn er ohne Kinder sterben sollte, er die ganze Erbschaft der Schwester des Erblassers als ein Fideicommiß restituiren solle. Der Erbe starb, und hinterließ eine schwangere Frau. Das noch ungebohrne Kind hatte er jedoch zum Erben eingesetzt, und demselben noch andere substituirt. Es entstand die Frage, ob nicht die Schwester des Testirers wegen des Fideicommisses berechtiget sey, eine nähere Untersuchung der Schwangerschaft der Wittwe des Erben, und demnächst die custodia partus zu verlangen? Scävola respondirt, daß unter den vorliegenden Umständen die Schwester des Erblassers allerdings die Anordnung der im Gesetz vorgeschriebenen Maßregeln verlangen könne. Ein Zweifelsgrund war freylich, daß der verstorbene Erbe noch andere substituirt hatte; allein ward kein Kind gebohren, so konnten der Schwester des Erblassers ihre aus dem Testamente zustehenden Ansprüche auf das Fideicommiß durch keine Substitution vereitelt werden. Sie war also hier wegen des Fideicommisses, daß ihr unter der Bedingung, wenn der eingesetzte Erbe ohne Kinder versterben würde, hinterlassen worden, zunächst interessirt [41]).

40) Haloander, Baudoza und Merlin, auch Beck lesen prospiciendum. Brenkmann substituirt respiciendum. Eben so *Ant.* Schulting in Notis ad Dig. s. Pand. Tom. IV. ad h. L. pag. 380.

41) S. Pothier Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. VIII. Not. i. pag. 85.

Lib. XXV. Tit. V.

Si ventris nomine mulier in possessionem missa, eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur.

§. 1293.

Edict des Prätors. *L. 1. D. h. t.*

Ein anderes Edict bestraft den Betrug, dessen sich eine schwangere Wittwe, welche in den Besitz der Güter ihres verstorbenen Mannes immittirt worden ist, dadurch schuldig macht, daß sie diesen Besitz arglistig einem Andern einräumt. Das Edict selbst hat Gerh. Noodt [42]) auf folgende Art restituirt.

Si ventris nomine muliere in possessionem missa, eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicetur, adversus eam, eumve, in cuius potestate ea fuerit, quanti actoris interfuerit, actionem dabo. Nec minus in eum, qui per dolum in possessionem venit, ab ea decedere cogam.

42) Commentar. ad Dig. h. t. (*Opp.* Tom. II. pag. 535.) Man sehe auch Westenberg Princip. iur. secundum ord. Digest. h. t. §. 3.

Nach dem Edict des Prätors, von welchem an einem andern Orte in den Pandecten [43]) die Rede ist, soll zwar eine schwangere Wittwe die Immission in den Besitz der Güter ihres verstorbenen Mannes, nebst dem Rechte die Alimente aus der Erbschaft zu genießen, ventris nomine, d. h. zur Sicherung der Ansprüche des noch ungebohrnen Leibeserben desselben, erhalten; est enim aequissimum, sagt Ulpian [44]), partui consuli, qui natus bonorum possessionem accepturus est: und diesen Besitz behält sie, bis man sieht, was es mit ihrer Schwangerschaft für einen Ausgang gewinnt [45]). Allein es darf diese Immission nicht zu Betrügereyen Anlaß geben, und dasjenige, was der Prätor zum Besten des noch ungebohrnen Leibeserben des verstorbenen Mannes angeordnet hat, Andern zum Raube dienen. Eine solche Betrügerey wird begangen 1) wenn die Wittwe sich immittiren läßt, um den Besitz der Güter ihres Mannes einem Andern einzuräumen; 2) wenn sie sich arglistig für schwanger ausgiebt, um die Immission ventris nomine zu erhalten [46]). Auf den ersten Fall geht das Edict des Prätors, von welchem in diesem Titel die Rede ist.

Vermöge dieses Edicts giebt nun der Prätor eine actio in factum auf Leistung alles Interesse nicht nur

43) *Lib. XXXVII. Dig. Tit. 9. de ventre in possessionem mittendo.*

44) *L. 1. §. 11. D. eod. tit.*

45) *L. 1. §. 27. D. eodem.* Tam diu autem venter in possessione esse debet, quamdiu aut pariat, aut abortum faciat, aut certum sit eam non esse praegnatem.

46) Man sehe hier vorzüglich *Alphons. a* Carranza Tr. de partu naturali et legitimo. Cap. II. §. 2. nr. 28. sq. pag. 193. sqq.

gegen das Weib, welches die Immission erhalten, und den erhaltenen Besitz wieder einem Andern dolose eingeräumt hat, sondern auch gegen denjenigen, in dessen Gewalt sie sich befindet, sofern derselbe an dem Dolus Antheil genommen hat, oder auch sonst dadurch bereichert worden ist. Das Interesse des Klägers kann z. B. darin bestehen, daß der Besitzer die Früchte der Erbschaft in gutem Glauben consumirte, oder wenn er im bösen Glauben war, die Früchte, die er genossen hat, wegen Insolvenz, nicht zu vergüten vermag. Gegen denjenigen, welcher dolose in den Besitz gekommen ist, soll nicht gleich so, wie etwa gegen denjenigen, der den missus in possessionem Besitz zu nehmen hindert[47]), mit executiver Gewalt verfahren werden; sondern er soll mittelst eines Interdicts im ordentlichen Wege des Rechts den Besitz zu räumen genöthiget werden[48]). Die actio praetoria in factum ist jedoch eine actio rei persecutoria, und findet auch noch nach Ablauf eines Jahres Statt, d. h. sie ist eine actio perpetua, und nicht infamirend. Sie steht demjenigen zu, welcher dabey betheiligt ist, daß der Besitz, welchen die Frau ventris nomine erhalten hat, von ihr arglistig auf einen Andern übertragen worden ist, so wie auch desselben Erben, und wird gegen das Weib, oder auch gegen dessen Vater, in dessen Gewalt sie noch ist, angestellt, insofern nämlich derselbe an dem Betruge Antheil genommen hat. Sie geht gegen den, der sich des Dolus schuldig gemacht hat auf Leistung des vollen Interesse, gegen die Erben aber, oder gegen den unschuldi-

47) *L. 3. pr. D. Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit.*

48) S. *Jul.* Pacius Εναντιοφανων s. Legg. conciliatar. Centur. VII. Quaest. 13. pag. 508.

gen Vater findet sie nach der Analogie des Röm. Rechts nur in soweit Statt, als sie durch die unerlaubte Handlung der Besitzübertragung bereichert worden sind, weil diese Klage aus einem Delict entsteht[49]; nach dem Canonischen Rechte aber, welches wir heutzutage befolgen, findet sie gegen die Erben unbedingt Statt, soweit die Erbschaft zureicht[50].

Ulpian hat uns in der aus desselben *Libro XXXIV. ad Edictum* excerpirten *L. 1. h. t.* von diesem Edict des Prätors Folgendes aufbehalten.

Hoc Edicto rectissime Praetor prospexit, ne, dum in favorem partus possessionem polliceatur, aliis praedae occasionem praebeat.

§. 1. *Idcirco constituit actionem in mulierem, quae in alium hanc possessionem dolo malo transtulit. Non solum mulierem Praetor coërcet, verum eum quoque, in cuius potestate ea fuerit: scilicet si dolo ipsorum*[51] *alius in possessionem fuerit admissus: actionemque in tantum pollicetur in eos, quanti interfuerit eius, qui experitur*[52].

49) S. *Jo.* Voet Commentar. ad Pand. Tom. II. h. t.

50) Kleinschrod Doctr. de reparatione damni delicto dati. Specim. I. §. 14.

51) *Henr. Jo.* Arntzenius Miscellaneor. Libr. Cap. XV. pag. 171. meint *ipsorum* stehe hier per Enallagen für ipsius. Allein da hier von dem Dolus mehrerer Personen die Rede ist, so wäre *ipsius* offenbar unrichtig. Der Pluralis wird ja auch in den folgenden Worten pollicetur *in eos* gebraucht.

52) Der Interessent kann hier nicht nur der Erbe, Testaments- oder Intestaterbe, sondern auch ein Legatar,

§. 2. Necessario Praetor adiecit, *ut qui per dolum venit in possessionem, cogatur decedere.* Coget autem eum decedere, non Praetoria potestate, vel manu ministrorum, sed melius et civilius faciet, *si eum per interdictum* [53]) *ad ius ordi-*

oder Fideicommissar seyn. *L. un.* §. 8. 9. *et* 10. *D. Si mulier ventris nomine.* S. *Amad.* Eckolt Conpendiar. Pand. Tractat. h. t. §. un.

53) Was dieß für ein Interdict sey, ist zweifelhaft. Die Glosse nennt das Interdictum *uti possidetis* oder *unde vi*, und widerlegt diejenigen, welche das Interdictum *Ne vis fiat ei* dafür halten wollen. Allein auch beyde erstern Interdicte passen hier nicht. Man sehe von Savigny Recht des Besitzes §. 38. u. 40. *Ant.* Schulting in Not. ad Dig. s. Pand. Tom. IV. ad h. L. 1. §. 2. pag. 381. versteht ein solches Interdict, welches der Prätor extra ordinem Edicti eingeführt hat, wie z. B. *L.* 9. §. 1. *D. de damno infect.* Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 2. meint, es müsse ein Interdictum adipiscendae possessionis seyn. Allein was für eins? Etwa ein Interdictum *fraudatorium*, wie z. B. *L.* 96. *pr. D. de solutionib.* Allein dieß Interdict geht nur auf einzelne Sachen und Forderungen; hier ist aber von Restitution des Besitzes einer Erbschaft die Rede. Richtiger ist *Just. Henn.* Böhmer Introd. in ius Dig. P. II. h. t. §. 2. auf das Interdictum *Quorum bonorum* verfallen. Man sehe jedoch die treffliche Abhandlung über das Interdict Quorum bonorum von Savigny, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. V. B. Nr. I. Heutzutage sagt Stryk a. a. O. werden Statt der Interdicte Mandata cum oder sine clausula erkannt. Man behauptet auch nicht ohne Grund, daß bey beharrlichem Ungehorsam des Besitzers, die Execution gegen ihn manu ministrorum, immo militari, vollstreckt werden könne. S. Schilter Prax. iuris Rom.

narium [54]) *remiserit.* §. 3. Interest autem eius, qui experitur, admissum alium in possessionem

Exercitat. XXXVI. §. 127. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. P. II. h. t. §. 3. *Mich. God.* Wernher lectiss. Commentation. in Pand. P. II. h. t. §. 2.

54) Der Ausdruck *ius ordinarium* bezeichnet hier solitum iudiciorum ordinem, dato scilicet iudice, so wie dieses Verfahren ehemals, auch selbst bey den Interdicten, gewöhnlich war. Es beweist dieß nicht nur eine deutliche Stelle aus Frontinus *de agrorum controversiis* pag. 41. edit. *Goesii.* De possessione controversia est, de qua ad *Interdictum*, hoc est *iure ordinario* litigatur; sondern eben dieses bestätigen auch mehrere Stellen Ulpians in den Pandecten. *L. 3. pr. D. Ne vis ei, qui in posses. L. 3. §. 3. D. de lib. exhib. L. 5. §. 27. D. Ut in possess. legator.* Es hat auch das ausdrückliche Zeugniß des Theophilus *Paraphr. gr. Pr. I. de Interdictis* für sich. Man sehe hier vorzüglich von Savigny Recht des Besitzes. §. 34. und Haubold über die Stelle von den Interdicten in den Veronesischen Handschriften. (in der Zeitschrift für gesch. Rechtswissensch. von Savigny, Göschen und Eichhorn 3. B. S. 358. ff.) Der Unterschied der Actionen und der Interdicte beruhte blos auf der verschiedenen Thätigkeit des Prätors. Bey den Actionen sagt der Prätor nie, daß Jemand etwas thun oder lassen solle, sondern immer: *iudicium dabo.* So wie also hier der Prätor aus dem Anbringen des Klägers und der Antwort des Beklagten sahe, daß die Entscheidung des Streits von Erörterung factischer Umstände abhing, so bestellte er einen iudex, welcher untersuchen und entscheiden sollte. Hatte nun dieser geurtheilt, so war in der Regel alles zu Ende. War noch allenfalls eine Execution nöthig, so war dieß wieder Sache des Prätors,

non fuisse: cum forte bona fide fructus perceptos consumpserit: aut si praedo venerit in possessio-

welche derselbe manu ministrorum, auch wohl manu militari vollziehen ließ. *L.* 68. *D. de Rei vind.* Ein solches executivisches Verfahren gehörte daher zum *ius extraordinarium. L. ult. D. de iudic.* und *L.* 3. *pr. D. Ne vis fiat ei.* S. *Ant.* Faber Conjecturar. iur. civ. Lib. XVI. Cap. 20. in fin. Ganz anders verhielt sich die Sache bey den Interdicten. Hier trat der Prätor gleich Anfangs mit einem entscheidenden Ausspruche auf, wodurch dem Streite wenigstens vor der Hand ein Ende gemacht ward. Gajus *Institut. Lib. IV.* §. 139. Alle Interdicte fingen daher mit einem bloßen Befehl des Prätors an, welchen derselbe, wenn er den Antrag des Klägers an sich zulässig fand, erließ. Ohne einen solchen Befehl, daß der Beklagte etwas thun, oder unterlassen solle, konnte keine Art des Interdict-Verfahrens Statt finden. Daher sagt der Prätor bey den Interdicten nicht: iudicium dabo. Denn er ist hier nicht, wie bey den Actionen, die blos einleitende Behörde; sondern er setzt die Partheyen so fort und unmittelbar durch ein *restituas*, *exhibeas*, *vim fieri veto*, u. s. w. auseinander. Des Prätors Befehl konnte also die Sache unmittelbar zu Ende bringen. Sobald jedoch der Gegner widersprach, wurde auch beym Interdict, so wie bey einer actio, ein iudex gegeben, welcher das Urtheil sprach, und vor dem auch der Kläger den Beweis seines Anbringens führen mußte. Ein solches Verfahren mußte also bey Interdicten nur als zufällig erscheinen. S. von Savigny nachträgliche Bemerkungen zur Erläuterung der Veronesischen Handschriften, in der Zeitschrift 3. B. S. 305. f. und Haubold über die Stelle von Interdicten (Ebendaselbst S. 366. ff.) Zu Justinians Zeiten hatte sich freylich die Sache längst geändert, indem kein Interdictsproceß mehr existirte, sondern, statt der vorhergehenden auf

nem, a quo fructus consequi non possit; quia solvendo non est. §. 4. Haec actio etiam *post annum* dabitur: *quia rei habet persecutionem.* §. 5. Et si filiafamilias sit, quae dolo fecit, in patrem dabitur actio, si quid ad eum pervenerit.

§. 1293. a.

Erläuterung aus der Stelle des Paulus *L. 2. h. t.*

Zur Erläuterung dient noch die *L. 2. D. h. t.* welche aus des Paulus *libro XXXVII. ad Edictum* genommen ist. Sie lautet so:

Dolo *facit mulier*, non quae in possessionem venientem non prohibet: sed *quae circumscribendi alicuius causa clam et per quandam machinationem in possessionem introducat.*

§. 1. Si et patris et filiae factum arguetur, *in alterum, quem actor velit, reddenda est actio*; quia in id, quod agentis interest, datur: ideo si id, quod ei abest, ab eo, qui in *potestate* est [55]),

Auswirkung des Interdicts-Decretes abzweckenden, nun überflüßigen Förmlichkeiten, der Kläger sogleich mit einer extraordinaria oder utilis actio auftreten konnte. §. *ult. I. de Interdict.* und Theophilus ebendaselbst. S. Haubold a. a. O. S. 387. f. und von Savigny über das Interdict Quorum bonorum (Zeitschrift B. 5. S. 8. u. S. 19. f.)

55) Die florentinische Lesart in potestate ist hier offenbar unrichtig. Denn sollten die Worte sich auf die filia, quae in potestate est, beziehen; so könnte es ja nicht heißen: ab *eo*, *qui* in potestate est. Ja wie könnte Paulus sagen: *inutilis erit ei haec actio*, sc. praetoria in factum, wenn man den Fall nicht annähme, daß

servari possit, praeter sumptus litis causa factos, inutilis erit ei haec actio.

Paulus erklärt hier 1) wie sich der Dolus auf Seiten des Weibes, welches die Immission erhalten hat, geäussert haben müsse, wenn die actio in factum gegen sie Statt finden soll. Er sagt, der Dolus müsse sich hier durch eine Thathandlung äussern, ein bloßes Zulassen, oder Nichthindern sey nicht genug. Die Worte clam et per quandam machinationem *in possessionem introducat*, setzen dieses außer allen Zweifel. Paulus schließt daher den Fall ausdrücklich aus, wenn die Frau denjenigen, welcher die Güter ihres verstorbenen Mannes, in welche sie die Immission ventris nomine erhalten hatte, in Besitz nahm, nicht hinderte. Es ist demnach eine offenbar falsche Erklärung, wenn Accursius die Worte: *non quae* in possessionem venientem non prohibet, *ἐλλειπτικῶς* für non *tantum* quae nimmt, und also sie so versteht, daß Paulus hier zwey Fälle angegeben habe, wie der Dolus des Weibes sich äussern

der Betheiligte das Interesse bereits von dem Besitzer der Erbschaft erhalten hätte? Mit Recht behauptet daher Cujaz Observation. Lib. XXIII. Cap. 39. daß ab eo, qui *in possessione est*, gelesen werden müsse. So lesen auch mehrere alte Ausgaben, z. B. Haloander, Miräus. Beck hat zwar die florentinische Lesart beybehalten, welche freylich auch die lectio vulgata ist. Dem Cujaz stimmen jedoch bey Wissenbach in Exercitation. ad Pand. P. I. Disput. XLIX. Thes. 20. Voet Comm. ad Pand. h. t. in fin. *Ant.* Schulting in Not. ad Dig. Tom. IV. ad h. L. 2. §. 1. pag. 381. *B.* Voorda Thes. Controv. Decad. XVI. §. 4. in fin. und Pothier Pand. Iustin. Tom. II. h. t. Nr. III. Not. b. pag. 86. welcher diese Lesart auch in den Text aufgenommen hat.

könne. Schon der Ausdruck transferre, den der Prätor gebraucht hat, deutet auf eine Thathandlung hin, und nochmehr die folgenden Worte: Si et patris et filiae factum arguetur. Mit Recht ist daher diese Erklärung von Cujaz[56]) verworfen worden.

2) Haben Vater und Tochter sich eines Dolus schuldig gemacht; so hat der Kläger die Wahl, gegen wen er klagen will. Gegen Beyde kann er nicht zugleich klagen, weil die prätorische actio in factum keine Pönalklage ist, sondern nur auf Leistung des Interesse geht. Denn dieses kann man nur einmal fordern. Hat daher der Betheiligte das Interesse schon von dem selbst erhalten, auf den der Besitz war übertragen worden; so findet die prätorische actio in factum nicht weiter Statt. Mit Recht behauptet daher Voet[57]), die actio praetoria sey gewissermassen eine subsidiarische Klage, die nur darauf geht, was von dem Besitzer, gegen den mit dem Interdict auf Räumung des Besitzes geklagt worden ist, nicht zu erhalten gewesen ist. Ulpian führte oben den Fall an, wenn der Besitzer in gutem Glauben die Früchte consumirt hat, oder der Besitzer im bösem Glauben die genossenen Früchte wegen Insolvenz nicht zu vergüten vermochte. Paulus fügt aber hier noch den Fall hinzu, wenn die Proceßkosten von dem Besitzer nicht erstattet wurden, weil sie vielleicht der Richter compensirt hatte. Alles dieses setzt ja natürlich voraus, daß der Besitzer zuerst müsse in Anspruch genommen worden seyn, weil das Interesse

56) Commentar. in Libr. XXXVII. Pauli ad Edictum ad h. L. (*Opp. postum.* a Fabroto editor. Tom. II. pag. 609. sq.)

57) Comm. h. t.

des Klägers darnach bemessen werden soll, was von dem Besitzer nicht zu erhalten gewesen ist [58]. Nach dieser, wie ich glaube, ganz richtigen Ansicht, kann ich der Erklärung derjenigen [59] nicht beypflichten, welche unsern Paulus so verstehen wollen, als ob die Klage gegen den Vater unnütz sey, wenn von der Tochter das Interesse erhalten werden könne. Denn das hieße ja offenbar soviel, als ob gegen die Tochter zuerst geklagt werden müßte; und dann stände ja Paulus mit sich selbst im Widerspruche, welcher dem Kläger die Wahl giebt, ob er gegen den Vater oder gegen die Tochter klagen wolle. Es ist auch gar kein Grund vorhanden, warum der Vater nur wegen der Proceßkosten belangt werden sollte. Denn war die Tochter einmal auf Leistung des Interesse belangt worden, so verstand sich's ja von selbst, daß sie dem Kläger auch die Proceßkosten ersetzen mußte. Der dritte Besitzer hingegen konnte ein bonae fidei possessor seyn, und so wie dieser die genossenen Früchte nicht vergütet, so konnten auch wohl wegen der bona fides desselben die Proceßkosten compensirt worden seyn, so daß die Vergütung derselben die actio in factum gegen die Tochter oder deren Vater allerdings begründen konnte [60].

58) S. Cujacii Comment. in libr. XXXVII. Pauli ad Edictum c. 1. pag. 610.

59) S. z. B. *Jo. Lud.* Conradi Jus P. R. civile e Digestis Imp. Justiniani h. t. §. 3. pag. 344.

60) S. Cujacius Observat. Lib. XXIII. Cap. 39.

Lib. XXV. Tit. VI.

Si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicatur.

§. 1294.

Edict des Prätors gegen erdichtete Schwangerschaft. Erläuterung der *L. un. D. h. t.*

Giebt eine Wittwe arglistig vor, daß sie sich von ihrem verstorbenen Manne schwanger befinde, um die Immission in den Besitz *ventris nomine* zu erhalten; so will der Prätor einen solchen Betrug desto empfindlicher ahnden, je weniger er bey Ertheilung einer bonorum possessio ventris nomine Schwierigkeiten zu machen pflegt. Der Prätor hat daher gegen einen solchen Betrug folgendes Edict aufgestellt.

Si mulier ventris nomine in possessionem calumniae causa esse dicetur, adversus eam, quanti agentis interest, intra annum, quo primum agendi potestas erit, actionem dabo, etiam adversus parentem, si per eum factum sit, ut in possessionem veniret, actionem dabo.

So hat Gerh. Noodt [61]) das Edict des Prätors theils aus der Rubric dieses Titels, theils aus dem Fragment des Ulpianus, welches aus desselben *Libro XXXIV. ad Edictum* genommen ist, restituirt.

Es findet also in dem Falle Statt: Si mulier ventris nomine in possessione *calumniae causa* esse dicatur. Diese Calumnia läßt sich auf zweyerley gedenken; 1) wenn sich die Wittwe für schwanger ausgiebt, da sie doch gewiß weiß, daß sie es nicht ist; 2) wenn sie sich zwar wirklich schwanger befindet, aber weiß, daß ihre Schwangerschaft nicht von ihrem verstorbenen Manne, sondern von einem Andern herrühre [62]).

War nun Niemand vorhanden, welcher widersprach, so konnte die Wittwe auf ihre bloße Angabe, sie befinde sich von ihrem verstorbenen Manne schwanger, eine missio in possessionem ventris nomine erhalten. Dieß ist es, wenn Ulpian *L. un.* §. 1. *D. h. t.* sagt:

Debet enim Praetor, *quemadmodum facilis est circa bonorum possessionem dandam mulieri* ventris nomine, ita *calumniam* eius impunitam non relinquere.

Wie viel, wie mancherley Kunststücke hat nicht die

61) Commentar. ad Dig. h. t. Pr. Man sehe auch Westenberg Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 1.

62) S. *Alph. a* Carranza Tr. de partu naturali et legitimo. Cap. II. Illat. XIV. §. 2. nr. 29. pag. 194. *Jo.* Voet Commentar. ad Pandect. h. t. und *Jos.* Finestres *et* de Monsalvo Hermogenianus. Tom. II. ad L. 3. D. de Ventre in possess. mittendo. §. 10. p. 724.

List der Weiber nach den ärztlichen Erfahrungen erfunden, um eine Schwangerschaft zu erdichten [63])?

Zwar sagt Ulpian *L.* 1. §. 1. *D. de ventre in possessionem mittendo:*

Praegnatem esse mulierem oportet omnimodo, *nec dicere se praegnatem sufficit:* quare nec tenet datio bonorum possessionis, *nisi vere praegnas fuit*, et mortis tempore, et eo, quo mitti in possessionem petit.

Allein hier ist, wie Ulpian selbst deutlich genug sagt, blos von der Wirkung der Missio ventris nomine die Rede. Daß aber die Missio selbst geschehen könne, auch wenn die Wittwe nicht wirklich schwanger ist, sondern nur dafür gehalten wird, lehrt ja unser Titel ausdrücklich [64]).

War hingegen Jemand vorhanden, der wegen der Erbschaft des verstorbenen Mannes betheiliget war, und daher die vorgegebene Schwangerschaft der Wittwe in Streit zog; so konnte derselbe, statt einer genauern Untersuchung, worauf er sonst antragen konnte, einen kürzern Weg einschlagen. Er konnte ihr geradezu den Eid darüber deferiren, daß sie sich wirklich von ihrem verstorbenen Manne schwanger befinde. Von einem solchen Eidesantrage spricht Ulpian *L. un. pr. D. h. t.*

Si de possessione *ventris nomine* quaeratur, et *deferente herede mulier iuraverit praegnatem se esse:* servandum est iusiurandum: nec tenebitur

63) S. Ploucquet über phys. Erfordernisse der Erbfähigkeit der Kinder. §. 50.

64) S. Finestres c. l. §. 8. pag. 723.

mulier, quasi *calumniae causa* fuerit in possessionem missa: nec vis ei facienda est post iusiurandum: si tamen peperit, quaeretur veritas, an ex eo praegnas fuerit: alteri enim nec prodest, nec nocet iusiurandum inter alios factum: nec partui igitur nocebit.

Von einem solchen Eide spricht auch Marcellus, den Ulpian *L.* 3. §. 3. *D. de iureiurando* anführt, wo er sagt:

Unde Marcellus scribit, *etiam de eo iurari posse, an praegnas sit mulier, vel non sit: et iuriiurando standum.* Denique, ait, si de possessione erat quaestio, servari oportere: si forte quasi pragnas ire in possessionem volebat, *et cum ei contradiceretur, vel ipsa iuravit se praegnatem, vel contra eam iuratum est:* nam si ipsa, ibit in possessionem sine metu, si contra eam, non ibit, quamvis vere praegnas fuerit: *proderitque*, inquit Marcellus, *mulieri iuranti iusiurandum, ne conveniatur, quasi calumniae causa ventris nomine fuerit in possessione, neve vim patiatur in possessione.* Sed an iusiurandum eo usque prosit, ut post editum partum non quaeratur, ex eo editus, an non sit, cuius esse dicitur, Marcellus tractat? Et ait, veritatem esse quaerendam: quia iusiurandum alteri neque prodest, neque nocet: matris igitur iusiurandum partui non proficiet, nec nocebit, si mater detulerit, et iuretur ex eo praegnas non esse.

Es ist unbegreiflich, wie der gelehrte Carranza [65])

65) Cit. loc. nr. 30. §. *Unde ego puto.* pag. 194.

hat behaupten können, daß nur eine solche calumnia die Klage aus dem Edict begründe, wenn die Wittwe ihre vorgegebène Schwangerschaft mit einem Eide bekräftiget hat. Ulpian und Marcellus sagen ja gerade das Gegentheil. Der Eid soll die Wittwe, die dadurch die Missio in possessionem ventris nomine erhalten hat, gegen jeden weitern Anspruch schützen. Man lese aber nur, wie Ulpian selbst diese Calumnia erklärt. Er sagt *L. un. §. 2. D. h. t.*

Per CALUMNIAM *autem in possessione fuisse videtur*, quae sciens prudensque se praegnatem non esse, voluit in possessionem venire.

Und verbinde nun damit noch folgende Gesetzstellen.

L. 15. D. de his, qui notantur infam. ULPIANUS *libro VIII. ad Edictum.* Notatur, quae *per calumniam* ventris nomine in possessionem missa est, *dum se adseverat praegnatem.*

L. 16. D. eodem. PAULUS *libro VIII. ad Edictum.* Cum *non praegnas* esset, vel *ex alio concepisset.*

L. 17. D. eod. ULPIANUS *libro VIII. ad Edictum.* Debuit enim coërceri, *quae Praetorem decepit.*

Von einem Eide ist hier überall die Rede nicht, sondern weil die Frau den Prätor hintergangen hat, und dieß thut sie ja durch ihr absichtlich falsches Vorgeben, daß sie von ihrem verstorbenen Manne schwanger sey, sie mag geschworen haben, oder nicht, verdient sie bestraft zu werden. Der Eid schützt sie vielmehr gegen die Strafe, obgleich der Eid, wenn die

Wittwe wirklich ein Kind gebohren hat, die Untersuchung über die Aechtheit der Geburt dieses Kindes nicht hindert, und daher dem Kinde eben so wenig zum Vortheil gereicht, wenn ihn die Mutter geschworen hat, als er dem Kinde zum Nachtheil gereichen kann, wenn die Mutter den Eid deferirte, und der Eid gegen sie geschworen worden ist [66]).

Selbst gerichtlich-medicinische Untersuchungen vermögen oft nicht, den Richter gegen die Betrügereyen der Weiber zu sichern. Denn unsere Aerzte gestehen selbst, daß die Ausmittelung der Schwangerschaft, besonders in der ersten Hälfte derselben, für den gerichtlichen Arzt oft sehr schwierig sey, theils, weil die Merkmale derselben in dieser Periode noch nicht so sehr in die Sinne fallen, theils, weil dieselben insgesammt von andern Ursachen herrühren können [67]). Selbst diejenigen Merkmale, welche bey den zum erstenmal Schwangern, als ganz zuverlässige Symptome der Schwangerschaft erscheinen, pflegen sich bey mehrmals Schwangern zu ändern, und eine unbestimmte Form anzunehmen. Daher kann, wie ein hochgefeierter Lehrer der gerichtlichen Arzneiwissenschaft [68])

66) S. Finestres cit. loc. §. 8. et 9. pag. 722. sqq.

67) S. Just. Christ. Loder's Anfangsgründe der physiol. Anthropologie. §. 400. (der 3. Aufl.) Ge. Heinr. Masius System der gerichtl. Arzneikunde für Rechtsgelehrte. §. 216. Stark's Archiv für die Geburtshülfe 1. B. 1. St. S. 1. ff. und Adolph Henke Lehrbuch der gerichtlichen Medicin. §. 187. und 188. (der zweyten Ausgabe.)

68) S. Jo. Dan. Metzger's kurzgefaßtes System der gerichtlichen Arzneiwissenschaft §. 460. f. (der 3. Ausgabe).

sagt, die Untersuchung über Schwangerschaft in der ersten Hälfte derselben nie anders, als ungewiß ausfallen. Hierzu kam nun noch besonders der Umstand, daß nach dem Edict des Prätors de inspiciendo ventre von den fünf Hebammen, durch welche die Besichtigung einer Wittwe, welche ventris nomine in die Güter ihres verstorbenen Gatten immittirt zu werden verlangte, keine bey der Besichtigung den Leib der Frau wider ihren Willen befühlen durfte [69]; da doch das Befühlen (*exploratio obstetricia*) oder die kunstmäßige mittelst des Gefühls angestellte Beobachtung der bey der Schwangerschaft zunächst interessirten Theile des weiblichen Körpers, nach dem einstimmigen Urtheil unserer heutigen Aerzte, und erfahrnen Geburtshelfer, gerade das wichtigste Hülfsmittel bey der Besichtigung ist, um zur Erkenntniß zu gelangen [70]. Endlich sollte auch nach dem Edict des Prätors zur Schonung der weiblichen Schamhaftigkeit die Untersuchung über Schwangerschaft blos Hebammen übertragen werden. Wie gewagt war es nicht, Hebammen eine Untersuchung anzuvertrauen, die sehr oft den erfahrensten Geburtshelfer in Verlegenheit setzt? Wie gering ist nicht die Zahl der Hebammen, welche, wie die Erfahrung lehrt, die Kenntnisse haben, die zur richtigen Beurtheilung der Veränderungen der weiblichen Geschlechtstheile während der Schwangerschaft erfordert werden? Und wie viel mehr gehört nicht noch dazu, um über eine zweifelhafte Schwangerschaft ein gründliches Urtheil zu fällen [71]? Wie leicht,

69) *L.* 1. §. 2. *D. de inspiciendo ventre.*

70) S. Loder's angef. Anfangsgründe der physiol. Anthropologie §. 400. S. 593. Masius angef. System. §. 215. und Henke Lehrbuch. §. 190. a. E.

71) S. Masius Syst. d. gerichtl. Arzneyk. §. 219.

und wie oft mußte nicht hier der Prätor durch das Urtheil solcher Kunstverständigen getäuscht werden, da nicht selten selbst die erfahrensten und geschicktesten Geburtshelfer bey ihren Untersuchungen über Schwangerschaft durch die Zweydeutigkeit der durch Verwicklung mit andern Krankheiten entstandenen Symptome, nach ihrem eignen Geständniß, irre geführt worden sind [72])? Gründe genug, welche den Prätor bewogen, eine erdichtete und fälschlich vorgeschützte Schwangerschaft zur Erschleichung einer missio ventris nomine in possessionem bonorum schärfer zu rügen, als die dolose Uebertragung des erhaltenen Besitzes von einer wirklich von ihrem verstorbenen Manne schwangern Wittwe auf einen Andern.

Zwar giebt auch hier der Prätor, wie in dem vorigen Falle, nam et hoc Edictum, sagt Ulpian [73]) ex eadem causa proficiscitur, qua superius, nur eine actio in factum *ad id quod interest*, gegen die Wittwe, welche *per calumniam* d. h. wohl wissend, daß sie entweder gar nicht, oder von Jemand anderm, als ihrem verstorbenen Ehemanne, schwanger sey, die Immission in den Besitz der Güter ihres verstorbenen Mannes ventris nomine erschlichen hat, zuweilen auch gegen den Vater derselben, wenn es durch ihn geschahe, daß sie diesen Besitz per calumniam erhielt. Ulpian sagt *L. un.* §. 4. *et* 5. *D. h. t.*

72) S. Stark's angef. Archiv. B. I. Nr. I. Pyl's Repertorium für die öffentl. und gerichtl. Arzneiwissenschaft B. I. Abschn. II. Nr. I. Beyspiele führt auch Metzger in dem kurzgef. System der gerichtl. Arzneiwissensch. §. 463. an.

73) *L. un.* §. 1. *D. h. t.*

Simili autem modo et hic, *quanti agentis interfuit*, Praetor actionem pollicetur.

In *parentem* etiam Praetor actionem pollicetur: *si modo per eum factum sit, ut in possessionem per calumniam veniret.*

Allein diese Klage unterscheidet sich von jener Interesseklage, wovon das vorige Edict handelt, darin, daß sie eine Infamie nach sich zieht, welche jedoch erst dann eintritt, wenn die Verurtheilung erfolgt, und die Frau durch rechtskräftige richterliche Sentenz gerade und bestimmt einer solchen Calumnie, mit deren Condemnation das Gesetz ein für alle Mal die Infamie als unabwendliche Folge verknüpft hat, schuldig erkannt worden ist. Ulpian sagt dieses in einer Stelle, welche aus desselben *libro VIII. ad Edictum* genommen ist, ausdrücklich. Es ist *L.* 19. *D. de his, qui notant. infamia*, wo es heißt:

Non alia autem NOTATUR, quam ea, *de qua pronuntiatum est*, CALUMNIAE CAUSA *eam fuisse in possessionem missam.*

War die Wittwe in der väterlichen Gewalt, und sie beging eine solche Calumnie mit Wissen und Willen ihres Vaters, so wird der Vater infam.

Idque et *in patre* erit servandum, sagt Ulpian an demselben Orte, qui CALUMNIAE CAUSAE passus est filiam, *quam in potestate habebat*, in possessionem *ventris nomine* mitti.

Eigentlich infamirte die calumnia nur dann, wenn Jemand deßwegen in Beziehung auf ein crimen iudicii publici, wie z. B. der calumniator nach der lex Remmia, zur legitima poena war verurtheilt worden. In

dem prätorischen Edicte de his, qui notantur infamia heißt es ausdrücklich[74]):

Infamia notatur — qui *in iudicio publico* CALUMNIAE CAUSA quid fecisse iudicatus erit.

Jede andere calumnia wurde extra ordinem bestraft, und infamirte nicht[75]). Es ist daher eine auffallende Erscheinung, daß gerade die calumnia, welcher hier eine Wittwe vom Prätor bezüchtiget wird, weil sie sich durch das falsche Vorgeben einer Schwangerschaft die bonorum possessio *ventris nomine* hat ertheilen lassen, infamirt. Ulpian[76]) giebt uns den Grund davon selbst an:

Debuit enim coërceri, *quae Praetorem decepit.*

Der Prätor will also die dieser calumnia wegen Verurtheilte darum infamirt wissen, weil die Frau hier den Betrug gegen ihn selbst gespielt hat. Ulpian setzt jedoch ausdrücklich voraus, daß die Frau nicht in der väterlichen Gewalt seyn müsse. Er sagt[77]);

Sed ea notatur, quae, *cum suae potestatis esset,* hoc fecit.

74) *L. 1. D. de his, qui notantur infam.* Man vergl. noch *L. 6. §. 3. D. de Decurionib.*

75) Aus Gordian's Rescripte *L. 16. C. Ex quib. causis infam. irrogatur* läßt sich das Gegentheil nicht erweisen, sondern es ist dasselbe auf die calumnia in iudicio publico zu beschränken, wie Theod. Marezoll in der hist. dogmat. Abhandlung über die bürgerliche Ehre, ihre gänzl. Entziehung und theilw. Schmälerung. 1. B. Abschnitt IV. §. 3. S. 139. f. gezeigt hat.

76) *L. 17. D. de his, qui notant. infam.*

77) *L. 17. cit.*

War also die Tochter noch in väterlicher Gewalt, so wird nicht die Tochter, sondern der Vater infam, mit dessen Wissen und Willen sie den Prätor hinterging [78]). Ulpian [79]) sagt in unserm Titel:

Si dolus filiaefamilias intervenerit, et particeps doli fuerit pater, *suo nomine tenebitur.*

Eben deswegen, weil die Klage infamirt, wird sie, wenn sie gleich nur, wie jene aus dem vorigen Edict, auf Leistung des Interesse geht, eine actio quasi poenalis genennt. Warum nicht auch jene, welche der Prätor gegen den Dolus der Frau giebt, die den erhaltenen Besitz der Erbschaft einem Andern übertragen hat, eine Pönalklage, sondern eine bloße actio rei persecutoria sey, erklärt Cujaz [80]) so. Es ist, sagt er, bey den prätorischen Klagen, die auf das Interesse gehen, darauf zu sehen, was dabey die Absicht des Prätors gewesen sey. Giebt er die Klage hauptsächlich um des Klägers willen, damit dieser keinen Schaden leide, wie die aus dem Edict des vorigen Titels, so sey die Klage nie eine Pönalklage, sondern immer eine actio rei persecutoria. Gebe er sie aber aus Haß gegen den Beklagten, um dessen dolose Handlung zu bestrafen, so sey sie eine Pönalklage, wie die Klage, welche hier der Prätor giebt, wenn die Wittwe per calumniam die bonorum possessio ventris nomine erhalten hat [81]). Weil

78) S. *Ant.* Fabri Rational. in Pand. ad h. L. 17. D. de his, qui not. inf. Tom. I. pag. 305.

79) *L. un.* §. 12. *D. h. t.*

80) Paratitla in libros L. Digestor. ad h. Tit.

81) Man sehe auch Voet Comm. h. t. Finestres Hermogenian. c. I. pag. 723. §. 9. und *Ant.* Schulting Notae ad Dig. s. Pand. Tom. IV. ad §. 5. h. t. pag. 328.

jedoch diese Klage nicht, wie die eigentlichen Pönalklagen, auf eine Geldstrafe geht, sondern blos das Interesse verfolgt, so wird sie quasi poenalis genennt [82]. Als Pönalklage erscheint sie jedoch noch von einer andern Seite, nämlich weil auch derjenige haftet, der nicht im Besitz war [83], z. B. der Vater, mit dessen Wissen und Willen die Tochter den Besitz per calumniam erhielt, oder auch die Frau wegen dessen, was sie in Besitz zu nehmen unterließ, und daher durch ihre Schuld von der Erbschaft verloren gieng. Ulpian sagt §. 8.

Sed et hoc imputatur mulieri, quod deminuta sunt multa in hereditate: dum hic contemplatione ventris non attigit hereditatem.

Wegen dieser Pönalqualität dauert daher auch diese Klage nur ein Jahr, während jene eine actio perpetua ist. Ulpian sagt *L. un.* §. 3. *D. h. t.*

Hanc autem actionem Praetor *intra annum utilem* pollicetur, ultra non: videlicet *quasi poenalem* [84].

Die Klage steht nun denjenigen zu, denen daran gelegen ist, daß die Wittwe in den Besitz nicht wäre immittirt worden. Der Betheiligte kann auch hier nicht nur der Erbe seyn, er sey ein Testamentserbe, oder Substitut, oder Intestaterbe; sondern auch ein Legatar,

82) S. Pothier Pand. Iustinian. Tom. II. h. t. Nr. V. Not. c. pag. 87.

83) S. *Just.* Meier Colleg. Argentorat. Tom. II. h. t. §. 3.

84) In den *Basilicis* Tom. IV. pag. 756. heißt es: Η ἀγωγὴ ποιναλία οὖσα, ἔισω ἐνιαυτοῦ δίδοται εἰς τὸ διαφέρον i. e. *Haec actio, quum poenalis sit, intra annum datur in id, quod interest.*

auch zuweilen der Erbe des Erben. Es kommt hier auf die verschiedene Art an, wie sich das Interesse des Klägers äussert. Ulpian sagt §. 6.

Competit autem haec actio ei, cuius interfuit in possessionem missam non esse: utputa, vel *coheredi* speranti partum [85]), vel ei [86]), *qui*

85) *Jo. Guil.* Hoffmann Observation. var. ad Libros XXIV. et XXV. Pandectar. *Meletemat.* Diss. XXII. §. 11. will statt *partum* lieber *partem* lesen, weil dem Erben, welcher zugleich mit dem Postumus eingesetzt worden ist, die dem Venter ausgesetzten Erbtheile accresciren, wenn kein Postumus geboren wird, und also gewiß ist, daß die Wittwe nicht schwanger sey, wenn es auch gleich der Erbe nicht weiß. *L.* 31. *D. de acquir. vel omitt. heredit.* Einem solchen Miterben war allerdings daran gelegen, daß die Wittwe nicht wäre immittirt worden. Allein man kann es füglich bey der florentinischen Lesart lassen, mit welcher auch, wie Hoffmann selbst gesteht, alle übrige übereinstimmen. Der Miterbe ist immer insofern interessirt, als er sonst den Besitz der Erbschaft allein erhalten hätte, wenn der Betrug nicht von der Wittwe wäre gespielt worden. S. Pothier Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. II. Not. a. pag. 86. und Voorda Thes. Controv. Dec. XVI. §. 7.

86) Die Florentine liest hier: vel *is*, qui substitutus fuit. Taurellius hat jedoch das *is* mit einem halben Zirkel eingeschlossen, und das Zeichen ⌒ davor gesetzt. Vermuthlich wollte er damit soviel sagen, das *is* sey überflüßig. *Christfr.* Waechtler in Opuscul. iurid. philolog. collect. a *Trotz* pag. 451. glaubte anfangs, es müsse vel *ei*, statt vel *is* gelesen werden. Allein pag. 483. sagt er, das *is*, welches schon Taurellius gebrandmarkt hat, könne ganz verwiesen werden. Denn in den Worten: *vel qui substitutus fuit*, liege schon stillschwei-

substitutus [87]) fuit, vel qui *ab intestato*, si partus non fuisset, succedere potuit.

Das Interesse, worauf die Klage geht, begreift nun, ausser der Restitution der Erbschaft, auch Vergütung aller während des Besitzes genossenen Alimente. Diese Vergütung ist blos eine Strafe der calumnia. Denn erhielt die Wittwe nicht wegen derselben den Besitz, so vergütet sie davon nichts, was sie zu ihrem Unterhalt aus der Erbschaft erhielt.

§. 7. *h. t.* Interesse autem videtur primum de *alimentis*, quae in ventrem sunt erogata: nec enim alias haec repetuntur, nisi *per calumniam* in possessionem venit: ceterum, si res calumnia caret, nihil praestabit mulier, *qua* [88]) sine causa alta [89]) est sub praetextu ventris.

gend das *ei*. *Guil.* Best Rat. emendandi Leges. Cap. I. Nr. VII. §. 4. pag. 34. (edit. *Neuhaus. Lips.* 1745.) will statt vel *is*, lieber vel *si quis* lesen. Dieser Lesart gab auch Wächtler anfangs in Opusc. p. 451. Beyfall. Die meisten geben jedoch der Lesart vel *ei* den Vorzug. So lesen auch alle nicht florentinische Ausgaben. Haloander, Baudoza, Miräus, Chevallonius, Merlinus, Hugo a Porta, und auch die neueste von Beck. Die florentinischen haben, so wie die Gothofredischen das *is* eingeklammert. Unter den florentinischen habe ich die von Russard, Charondas und Pacius selbst verglichen.

87) Sc. ventri.

88) Mehrere alte Ausgaben, z. B. Haloander, Baudoza, Merlin, Miräus, und auch die neueste von Beck lesen *quasi* sine causa alta *sit*. Nimmt man eine Gemination der Sylbe *si* von dem Worte sine an, so läßt sich diese Lesart vollkommen rechtfertigen. Allein

An einem andern Orte, *L.* 1. §. 28. *D. de ventre in possess. mitt.* sagt Ulpian:

Et si sciens prudensque se praegnatem non esse consumpserit: de suo eam id consumpsisse Labeo ait.

Die Wittwe vergütet also von den genossenen Alimenten nichts, 1) wenn sie sich in der Meinung, daß sie schwanger sey, getäuscht hat [90]); diesen Fall führt Gajus *libro III. ad Edictum provinciale* an.

L. 18. *D. de his qui not. infam. Ea, quae falsa existimatione decepta est*, non potest videri *per calumniam* in possessione fuisse.

2) Wenn sie das Vorgeben ihrer Schwangerschaft mit einem Eide bekräftigte [91]). Die Stellen für diesen andern Fall sind schon oben angeführt worden.

wir haben hier dieses Mittel nicht einmal nöthig. Das Wörtchen *Qua* hat in den Pandecten, so wie bey den lateinischen Classikern, sehr häufig die Bedeutung von *quatenus*, oder *eo quod*. *Ant.* Augustinus Emendation. et Opinion. Lib. II. Cap. 2. *Jo.* Strauch Lexic. Particular. iuris. Voc. *Qua*, und *Jo.* Calvinus Lexic. iuridic. Voc. *Qua* haben dieses mit vielen Beyspielen erwiesen. Daß diese Bedeutung auch hier Statt findet, hat schon längst Brenkman in dem Gebauer. Corp. iuris civ. bemerkt. Brissonius hat nichts davon.

89) Alta. i. e. *alita*, wie auch Baudoza liest.

90) Wie leicht selbst erfahrne Frauen sich hier täuschen können, beweist Klein's Erfahrung in Hufelands und Harles Journal B. II. St. 3. S. 65. und Henke im Lehrbuche der gerichtl. Medicin §. 191.

91) S. Voet Comm. h. t.

3) Wenn sie abortirt, oder ein todtes, oder ein monströses und nicht successionsfähiges Kind zur Welt gebracht hat [92]).

Allein bisweilen berechnet sich das Interesse bey dieser Klage bedeutender. Es kann zuweilen in der Vergütung des Werths der ganzen Erbschaft bestehen, wenn diese durch den Betrug des Weibes für den Erben, oder Substituten verloren gieng. Man denke sich den Fall, der eingesetzte Erbe sey, durch das betrügerische Vorgeben der Wittwe, als ob sie von ihrem verstorbenen Manne schwanger sey, gehindert worden, die Erbschaft anzutreten, und vor der Antretung gestorben. Hier hat er die Erbschaft nicht auf seine Erben transmittirt. Oder man setze, der Erblasser habe auf den Fall, da ihm noch nach seinem Tode ein postumus gebohren werden sollte, diesen zum Erben eingesetzt, demselben aber auch noch einen Andern substituirt. Dieser Substitut, welcher die Erbschaft gleich nach dem Tode des Erblassers hätte antreten können, wenn kein Betrug von der Wittwe wäre gespielt worden, weil kein Postumus gebohren worden; starb vor der Antretung. Auch hier tritt die Regel ein: hereditas non adita in heredem non transmittitur. In beyden Fällen kann nun die Klage aus dem Edict von dem Erben desjenigen erhoben werden, welcher durch die calumnia der Wittwe bey seinem Leben an der Erwerbung der Erbschaft war verhindert. Denn hier ist auch der Erbe des Erben oder Substituten betheiligt [93]), wie folgende Stellen unsers Titels beweisen.

92) *L.* 1. §. 27. *L.* 2. *et L.* 3. *D. de ventre in poss. mitt.* S. Finestres Hermogenian. pag. 721. sqq.

93) Pothier Pand. Iustin. T. II. h. t. Nr. IV. Not. a. pag. 87.

§. 8. Nonnumquam augebitur quod interest: si quis forte dubitans, an praegnas sit, exclusus sit hereditate: nam heredi eius, qui exclusus est, dandam hanc actionem Julianus ait: siquidem eius quoque interfuit, non fuisse calumniae causa in possessione mulierem: quia hoc si non fuisset, adeundo hereditatem institutus, heredi suo locupletiorem hereditatem suam relinqueret.

§. 9. Idem Julianus *libro nonodecimo Digestorum* sic ait: si substitutus manente muliere in possessione decesserit, heres eius eadem actione pretium hereditatis a muliere exiget [94]).

Daß die Klage auch den Legatarien wegen der Vermächtnisse gegen die betrügerische Wittwe zustehe, lehrt §. 10.

Sed an decedant legata ceteraque onera hereditatis, videndum? Et mihi videtur posse dici, *legatarios potius cum muliere usuros hac actione*: quia et ipsorum interfuit adiri hereditatem.

Von dem Erben, wenn dieser klagt, können also die Legatarien ihre Vermächtnisse nicht erhalten, sondern die

94) S. *Jac.* Cujacii Commentar. in Lib. XIX. Digestor. Salvii Juliani ad h. §. (*Opp. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. III. pag. 139.). Wie aber, wenn die Frau nicht solvent ist, sollte nicht der Erbe des Erben ex persona defuncti heredis, gegen die unterlassene Antretung der Erbschaft arg. *L.* 30. *pr. et L.* 86. *D. de acquir. vel omitt. heredit.* die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten können? Nach Höpfner im Commentar über die Institutionen. §. 546. Not. 4. wäre dieses zu verneinen. Man sehe aber *Jac.* Voorda Interpretat. et Emendation. iuris Rom. Lib. II. cap. 20.

Legatare müssen deswegen gegen die Wittwe selbst klagen. Denn auch ihnen war daran gelegen, daß die Erbschaft wäre angetreten worden, weil, wenn das Testament destituirt wird, auch die Vermächtnisse zu Grunde gehen.

Nur wenn Sklaven die Freyheit vermacht worden ist, es sey direct, oder durch Fideicommiß geschehen; so muß der Erbe dafür stehen, weil er ihren Werth von der Wittwe erhält. Dafür sorgte auch schon der Prätor.

§. 11. Libertatibus*) plane subveniendum erit adversus eum, qui propter hereditatem hac actione egit: scilicet ut fideicommissarias cogatur is praestare, qui pretium utique etiam eorum consequitur: sed et directis credo Praetorem succurrere oportere, ut interventu suo tueatur earum libertatem.

Gegen die Erben der Wittwe findet die Klage nach den Grundsätzen des Röm. Rechts nur insofern Statt, als sie durch den Dolus ihrer Erblasserin bereichert worden sind. Denn diese Klage ist nicht nur ex delicto, sondern auch eine Pönalklage[95]).

*) So ist wohl, statt libertati, richtiger mit Haloander, Miräus, und Beck zu lesen.

95) S. Voet Comm. ad h. Tit. und *Just.* Meieri Collegium Argentorat. Tom. II. h. t. §. 2. pag. 143.

Lib. XXV. Tit. VII.

De concubinis.

§. 1295.

Begriff des Concubinats. Verwandtschaft desselben mit der Ehe. Unterschied zwischen Pellex und Concubina. Unterschied zwischen Ehe und Concubinat.

Von der Ehe ist diejenige Art der Geschlechtsverbindung wohl zu unterscheiden, welche man den Concubinat[96]) nennt. Seitdem derselbe durch die Lex Julia et

96) S. *Franc.* Ramos del Manzano Schediasma de Concubinis, earumque cum similitudine, tum differentia a legitimis uxoribus. (in *Ger.* Meerman *nov. Thes. iur. civ. et canon.* Tom. V. pag. 551—560.) *Christ.* Thomasii Diss. de Concubinatu. *Halae* 1713. rec. 1724. *Jo. Gottl.* Heinecii Commentar. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. Cap. 4. et Antiquitat. Rom. iurisprud. illustrant. Syntagm. Append. Lib. I. §. 38. — §. 42. *Ge.* Jordens Disputatio I. de Legitimatione. *Traj. ad Rhen.* 1742. Cap. III. (in *Dan.* Fellenberg *Jurisprud. Antiqua.* Tom. II. pag. 337—350.) *Ge. Zach.* Winckleri Diss. genuinum concubinatus ex

Papia Poppaea eine gesetzliche Anerkennung erhalten hatte [97]), kam er mit der freien römischen Ehe in nahe Verwandtschaft, von welcher sich derselbe blos durch mangelnde Absicht vollständiger Lebensgemeinschaft, als eine zwar fortdauernd eingegangene Verbindung, aber ohne die Würde und Rechte der Ehe, unterschied [98]). Daher wird der Concubinat von den Kaisern Theodos und Valentinian [99]) ein matrimonium inaequale genennt. Die Verwandtschaft desselben mit der Ehe zeigt sich besonders darin, daß er eben so, wie die Ehe, eine monogamisch eingegangene Geschlechtsverbindung ist. Denn die römischen Gesetze erlauben eben so wenig neben der Ehefrau eine Concubine [100]), als zwey Concubinen zugleich zu haben [1]).

mente Legum Romanar. conceptum illustrans. *Lipsiae* 1744. und Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 133 und 134.

97) *L.* 3. §. 1. *D. h. t.* Concubinatus per Leges nomen assumpsit. Daß hier die Lex Julia et Papia Poppaea gemeint sind, haben *Em.* Merillius Observat. Lib. III. cap. 15. et Lib. V. Cap. 10. *Ev.* Otto in Papiniano. Cap. 7. und Heineccius in Commentar. cit. Lib. I. Cap. 1. §. 4. et Lib. II. Cap. 4. §. 3. längst bemerkt, und erwiesen. Man vergleiche auch Jordens Dissert. cit. Cap. III. §. 1.

98) *L.* 4. *D. h. t. L.* 3. §. 1. *D. de donat. inter vir. et uxor. L.* 49. §. 4. *D. de Legat. III. L.* 31. *pr. D. de donation.*

99) *L.* 3. *C. de nat. liber.*

100) Paulus *Recept. Sentent. Lib. II. Tit.* 20. §. 1. Eo tempore, *quo quis uxorem habet*, concubinam habere non potest. Concubina igitur ab uxore solo dilectu separatur. *L.* 121. §. 1. *D. de Verbor. Obligat.* besonders *L. un. C. de Concubinis.* (V. 26.) Imp. Con-

Die Concubine konnte unter Umständen sogar den Namen einer matrona, ja die Ehre einer materfamilias erhalten, sie konnte sogar des Adulteriums angeklagt werden, so gut als wenn sie Ehefrau wäre, nämlich wenn der Patron seine eigene Liberta zur Concubine nahm[2]), welches man für ehrenvoller hielt, als wenn sie der Patron heyra-

STANTINUS *ad Populum.* Nemini licentia concedatur, *constante matrimonio*, concubinam penes se habere.

1) *Nov. XVIII. Cap.* 5. Atque haec dicimus, *si unam concubinam habuerit* etc. — Sicuti enim is, qui legitimam habet uxorem, alias, constante matrimonio, insuper ducere — nequit, ita nec post concubinam lege probatam, quemadmodum diximus, etc. *Nov. LXXXIX. Cap.* 12. §. 4. et 5. In dem letztern §. heißt es: Si vero effusa eius libido fuerit, *et alias atque alias concubinas priori superinduxerit*, habeatque multitudinem mulierum fornicantium (ita enim melius dicitur) — multas concubinas simul relinquens: odio ille habendus est, et procul a lege una cum liberis et concubinis abigatur. S. RAMOS DEL MANZANO cit. Schediasm. Cap. I. nr. 4. et 5. und JORDENS Dissert. cit. I. Cap. III. §. 10.

2) *L.* 13. *pr. D. ad Leg. Jul. de adulter.* ULPIAN. *libro II. de Adulteris.* Si uxor non fuerit in adulterio, *concubina* tamen fuit: iure quidem mariti accusare eam non poterit, quae uxor non fuit: iure tamen extranei accusationem instituere non prohibebitur, si modo ea sit, quae in concubinatu se dando *matronae nomen* non amisit, *utputa quae patroni concubina fuit.* — *L.* 41. §. 1. *D. de Ritu nupt.* MARCELLUS *libro XXVI. Digestorum.* Et si qua se in concubinatu alterius quam patroni tradidisset, *matrisfamilias honestatem* non habuisse dico. Man vergleiche damit *L.* 46. §. 1. *D. de Verb. Signif.*

thete [3]. Hatte der Patron seine Liberta geheyrathet, und sie schied von ihm wider seinen Willen; so durfte sie, solange der Patron seinen Willen, sie als Frau zu behalten, nicht durch eine deutliche Erklärung aufgegeben hatte, nach der Lex Julia de maritandis ordinibus sich mit einem Andern eben so wenig verehlichen, als dessen Concubine werden [4]. Ebenso, wenn sie auch nur mit ihrem Patron im Concubinate lebte [5]. Eine Ausnahme fand in dem

3) *L.* 1. *pr. D. h. t.* — quippe cum honestius sit patrono libertam concubinam, quam matremfamilias habere. Unstreitig gehen diese Worte auf den Patron, wie sie auch Brissonius de iure connubior. pag. 167. (edit. *Amstel.* 1662.) und Thomasius Diss. cit. §. XI. erklären. Es streitet daher offenbar gegen den Wortverstand, wenn Dionys. Gothofredus sie so verstehen will, es sey anständiger für den Patron, daß ein Anderer seine Freigelassene zur Koncubine habe, als daß sie seine Ehefrau sey. Und dieser ungereimten Erklärung konnte der große Heineccius in Comment. ad Leg. Jul. et Pap. Poppaeam. Lib. II. Cap. 12. p. 250 sq. Beyfall geben? Man vergleiche *Ant.* Schulting Notae ad Dig. seu Pandectas Tom. IV. ad h. L. pag. 383. und Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. S. 246. ff. Not. †††).

4) *L.* 45. *D. de Ritu nupt.* *L. ult. D. de divort.* *L. un.* §. 1. *D. Unde vir. et uxor.*

5) *L.* 1. *pr. D. h. t.* Ulpian. *ad Leg. Juliam et Papiam.* Quae in concubinatu est, ab invito patrono poterit discedere, et alteri se aut in matrimonium, aut in concubinatum dare. Ego quidem probo in concubina, adimendum ei connubium, si patronum invitum deserat: quippe cum honestius sit patrono libertam concubinam, quam matremfamilias habere. Man hat bey Erklärung dieser Stelle viel Schwierigkeiten gefunden.

Falle Statt, wenn der Patron seine Liberta ex causa fideicommissi manumittirt hatte. Diese konnte sich von ihrem Patron, wenn er sie geheyrathet hatte, nach Gefallen trennen, und wider desselben Willen mit einem An-

Einige haben sogar den ganzen ersten Theil dieser Gesetzstelle für untergeschoben halten wollen, wie SCHARD in Lexico Voc. *Concubina.* Andere emendiren. Es ist wahr, die Stelle, so wie die Worte lauten, giebt keinen richtigen Sinn, sie ist vielmehr in sich selbst widersprechend. Allein aller Schwierigkeit wird abgeholfen, wenn man mit Heineccius a. a. O. nach den Worten: *aut in concubinatum dare* ein Fragezeichen setzt. So enthält denn der erste Theil unserer Stelle die Frage, der andere die Antwort. Auf diese Art können mit Hülfe eines eingeschobenen Fragezeichens unendlich viel schwierige Stellen in den Pandecten leicht erklärt werden, wovon BYNKERSHOEK in Observation. iuris Rom. Lib. IV. Cap. 25. und *Henr. Jo.* ARNTZENIUS in Specim. Observation. Cap. 3. mehrere Beyspiele liefern. Man sehe auch VOORDA Thes. Controversar. Dec. XVI. §. 9. Welche Emendation ist auch wohl natürlicher, als diese, da bekanntlich die alten Codices ohne Interpunktion geschrieben worden sind? Allein die Worte et *alteri se* aut in matrimonium, in et *iterum ei* se, mit Wächter a. a. O. S. 148. ff. zu verwandeln, und die vom Ulpian aufgeworfene Frage so zu deuten: ob es einer Concubine erlaubt sey, sich von ihrem Patron wider seinen Willen zu trennen, und nachher wieder mit ihm in die Ehe zu treten, oder seine Concubine zu werden? dazu ist gar kein Grund vorhanden. Warum hätte denn der Patron die Concubine, wenn sie wieder zu ihm zurückkehrte, nicht heyrathen dürfen? Allein einen Dritten durfte sie wider den Willen ihres Patrons nicht heyrathen, noch desselben Concubine werden, wie die Not. 4. angeführten Gesetze beweisen.

dern eine Ehe eingehen, weil sie ihre Freyheit nicht der Wohlthat ihres Patrons, sondern seines Erblassers zu verdanken hatte, von dem ihm die Manumission war auferlegt worden [6]. Eine andere Freygelassene konnte nur dann deines Andern Ehefrau, oder Concubine werden, wenn der Patron die Absicht, sich von ihr zu trennen, dadurch erklärt hatte, daß er die actio rerum amotarum gegen sie angestellt, oder sie wegen Ehebruchs angeklagt, oder sich mit einer andern verlobt, oder eine andere Concubine angenommen hat [7]. Es wurde auch, wenn der Patron in Wahnsinn verfiel, hierdurch der Concubinat eben so wenig, als die mit der Freygelassenen eingegangene Ehe, aufgehoben [8].

Ehe der Concubinat durch die Lex Julia et Papia Poppaea gesetzlich war anerkannt worden, scheinen die Benennungen pellex und concubina gleichbedeutend ge-

6) *L.* 50. *D. de Ritu nuptiar. L.* 10. *D. de divort.* S. Heineccius ad L. Jul. et Pap. Popp. pag. 247.

7) *L. ult. D. de divort.* besonders §. 1. in fin. Wenn es *pr. in fin.* heißt: Julianus quidem amplius putat, nec in concubinatu eam *alterius patroni* esse posse; so muß hier alterius, *quam* patroni gelesen werden. S. *Abr.* Wieling Lectiones iur. civ. Lib. II. Cap. 11. §. 10. Voorda Thes. controv. Dec. XVI. §. 9. Pothier Pand. Justin. Tom. II. Lib. XXIII. Tit. 2. Nro. XXV. Not. i. pag. 8. So lesen auch Haloander, Miräus, Baudoza, Cestius, Merlin, Chevallon u. m. a. Mit Recht bemerkt Clossius in Commentat. sist. Codicum quorund. Msptorum Digesti vet. descriptionem. pag. 243. Not. i. das Wort quam scheine durch bloße Nachlässigkeit des Schreibers in der florentinischen Handschrift ausgelassen zu seyn.

8) *L.* 45. §. 5. *D. de Ritu nuptiar. L.* 2. *D. de Concubin.*

wesen zu seyn. Man bezeichnete damit eine Frau, nicht blos wenn sie mit einem Ehemanne, sondern selbst wenn sie mit einer unverheyratheten Mannsperson, wie eine Ehefrau, jedoch nicht in ehelicher Verbindung, zusammenlebte. In dieser Bedeutung verbot ein dem König Numa zugeschriebenes Gesetz einer pellex den Altar der Juno zu berühren, und bestrafte die Beleidigung dieser Dea pronuba mit einem demüthigenden Sühnopfer [9]. Massurius Sabinus und Granius Flaccus, letzter in seinem Buche de iure Papiriano, vielleicht gerade da, wo er das Gesetz des Numa erläuterte [10], legen hierüber ein zuverlässigeres Zeugniß ab, als irgend einer der römischen Classiker. Beyde führt Paulus *libro decimo ad legem Juliam et Papiam* an, woraus die *L.* 144. *D. de Verbor Significat.* genommen ist [11]. Es heißt daselbst:

9) Gellius *Noct. Atticar.* Lib. IV. Cap. 3. S. *Herm.* Cannegieter Diss. ad Legem Numae Pompilii de ara Junonis pellici non tangenda. *Lugd. Batav.* 1743. (in *Dan.* Fellenberg *Jurisprud. antiqua.* Tom. I. Nro. VI. pag. 331. sqq.) Das Gesetz des Königs Numa lautet bey Gellius so: *Pelex asam Junonis ne tagito; si taget, Junoni crinibous demissis agnum feminam caidito.* S. Dirksen's Versuche für Kritik und Auslegung der Quellen des Röm. Rechts. 6. Abh. S. 328 — 331.

10) S. *Pet.* Wesseling Observation. variar. Lib. I. Cap. 4. pag. 13. und Cannegieter cit. Diss. Cap. IV. pag. 362.

11) Einen trefflichen Commentar über diese *L.* 144. findet man in *Greg.* Majansii Commentariis ad triginta ICtorum omnia fragmenta, quae extant in J. C. Corp. Tom. II. pag. 129 — 140. Damit verbinde man jedoch *Sal.* Rendorp Diss. ad L. 144. D. de Verb. Signif. *Lugd. Batav.* 1789.

Libro memorialium [12]) MASSURIUS scribit: PELLICEM apud antiquos eam habitam, quae cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat: quam nunc [13]) vero nomine AMICAM, paulo honestiore CONCUBINAM ap-

12) Der *libri memorialium* des Massurius Sabinus, deren nicht eins, sondern mehrere waren, gedenkt sowohl MACROBIUS *Saturnal.* Lib. III. Cap. 6. als auch GELLIUS *Noct. Atticar.* Lib. IV. Cap. 20. et Lib. VI. Cap. 7. Hierdurch wird zugleich die Richtigkeit der florentinischen Lesart bestärkt, während andere unrichtig *memoralium*, andere *memoriarum*, andere *memoriabilium*, noch andere *immemorialium* lesen. S. *Andr. Guil.* CRAMER de Verbor. Significat. Tit. Pandect. et Cod. cum variae lectionis apparatu. (*Kiliae* 1811. 8.) p. 71. Uebrigens waren die *libri memorialium* MASSURII, wie *Jac.* CUJACIUS in Comment. ad Tit. Dig. de Verbor. Signif. h. L. bemerkt, libri eruditionis plenissimi, quibus *Massurius Sabinus* complexus est ἀπομνημονεύματα, seu commemorationes varias antiquitatum. Diese Bemerkung bestätigt sich aus den Fragmenten, die uns Macrobius und Gellius aufbehalten haben.

13) Statt *quam* nunc lesen mehrere *eamque* nunc, z. B. Haloander, Miräus, und Vintimillius. PAUW Observation. iuris civ. Rom. lib. singular. (*Hagae Comit.* 1743. 4.) Cap. XIX. pag. 115. *atque eam*, per ἀναδίπλωσιν: *VivebATquEam. Guil.* FORNERIUS in Comment. in Tit. Dig. de Verbor. Significat. (*Aurel.* 1584. 4.) ad h. L. und *Abr.* WIELING Lection. iuris. civ. Lib. II. cap. 9. not. = pag. 155. Traj. ad Rhen. 1740.) *eam* nunc. *Herm.* CANNEGIETER cit. Dissertat. Cap. IV. Not. a. pag. 557. meint, es sey das Wort *ait* zu subintelligiren, dann sey alles deutlich. Ein ähnliches Beyspiel glaubt er in *L.* 51. *D. de iure dot.* gefunden zu haben. Daß alle diese Emendationen unnütz sind, wird die folgende Note lehren.

pellari [14]). GRANIUS FLACCUS *in libro de iure Papi-*

14) PÜTTMANN Conjecturar. ad locos quosd. iuris civ. depravatos Decad. (*Lips.* 1763.) et in Opusculor. Syll. pag. 93. will *appellant* statt appellari lesen. Allein CRAMER cit. lib. hat uns hier eine treffliche Bemerkung aus dem Schreiben eines großen Philologen, des gefeierten Heinrichs, über die Stelle unsers Paulus mitgetheilt, wofür man ihm nicht genug danken kann. Mit Recht verwundert er sich, wie bey der ganz übereinstimmenden Lesart der Vulgata und Florentina jene großen Rechtsgelehrten sich hätten können hinreißen lassen, zu ganz vergeblichen Conjecturen ihre Zuflucht zu nehmen. In der That seyen alle Versuche der Kritik nichts als eine Verfälschung der ganz richtigen Lesart. Blos Unbekanntschaft mit dem Styl und der Constructionsart der Alten sey der Grund, wodurch man zu dem Irrwahn verleitet worden sey, die gemeine Lesart für fehlerhaft zu halten. Die Construction bey Paulus sey eine griechische, wie durch eine ganz deutliche Stelle aus des LYCURGI *Orat. in Leocratem* p. 203. (edit. *Reisk.*) *πρὸς ἃς ἀποβλέποντας συνεθίξεσθαι τὴν πατρίδα φιλεῖν*, *in quas intuentes adsuescere*, erwiesen wird. Diese Construction ahmten auch die Römischen Classiker nach, und man findet sie selbst bey CICERO *de Finib. Bonor. et Malor.* Lib. I. cap. 9. §. 30. wo es heißt: *Sentiri hoc putat*, *ut*, *calere ignem*, *nivem esse albam*, *dulce mel*: QUORUM *nihil* OPORTERE *exquisitis rationibus confirmari.* Eben so bey CORNELIUS NEPOS *in Themistocle. Cap. VII. nr.* 5. So wie nun den besten Classikern, so gefiel diese Construction auch unserm Paulus. Man enthalte sich also bey einer so offenbar richtigen Lesart aller Emendation. S CRAMER de Verbor. Significat. pag. 147. sq. Von gleichem Gehalt ist die vom WIELING cit. loc. vorgeschlagene Versetzung der Worte. Er meint nämlich, man müsse so lesen: eam nunc vero nomine *concubinam*, paulo ho-

riano[15]) scribit: Pellicem nunc vulgo vocari,

nestiore *amicam* appellari. Ihm ist auch *Gotfr.* Mascov in Diatr. de Sectis Sabinianor. et Proculian. Cap. II. §. 3. beygetreten. Allein auch diese Emendation beruht auf einem Irrwahn. Man hat geglaubt, der Name *amica* sey für anständiger gehalten worden, als der Name *concubina.* Allein, auch abgesehen von der Uebereinstimmung der florentinischen Leßart mit der Vulgata, so spricht für die Richtigkeit derselben, daß zwar der Name *Concubina*, nicht aber jener der *Amica* den Stempel der Gesetzlichkeit erhalten hat. Daher findet man zwar den Namen *Concubina* häufig auf den alten römischen Inscriptionen, nirgends aber den Namen *Amica* im gleichen Sinne. S. Fabrettus *Inscription.* Cap. I. nr. 234. Cap. III. nr. 261. et Cap. V. pag. 392. Denn das Wort *amica* leiten die Röm. Grammatiker von *amor* her, welches auch ein amor turpis seyn konnte. S. Festus in Voc. *Amicitiae.* Daher nannte man *amica* auch wohl eine mulier vagae libidinis, eine meretrix, wie *Alb.* Gentilis in Comm. in Tit. Dig. de Verbor. Signif. ad h. L. pag. 278. *Andr.* Alciatus Comm. ad eand. Leg. *Jul. a* Beyma ad h. L. L. 144. und Pothier in Pand. Justin. Tom. III. Lib. L. Tit. 16. Nr. CLXV. Not. a. pag. 679. besonders Majansius in Commentar. citt. Tom. II. pag. 135. bewiesen haben. Letzter führt noch zwey treffende Stellen aus Eustathius und Dionysius Cato an. Erster sagt in Comment. ad *Homeri* Iliad. Lib. VIII. *Concubinas* habere legibus permissum erat, et *Concubinae* nomen probrosum non erat. Letzter in *Distich. moral.*

Cum coniux tibi sit, ne res et fama laboret,
Vitandum ducas inimicum nomen amicae.

Auf der von Wieling aus Reinesius pag. 806. angeführten Inscription hat das Wort amica eine ganz andere Bedeutung, wie *Herm.* Cannegieter cit. Diss. Cap. IV. Not. a. pag. 358. sq. gezeigt hat.

quae cum eo, cui uxor sit, corpus misceat: quosdam eam [16]), quae uxoris loco sine nu-

15) Dieser *liber de iure Papiriano* war ein Commentar, den Granius Flaccus, jedoch, wie es scheint, nur über die geistlichen Gesetze der Könige, verfaßt hat. Denn das von Censorinus *de die natali*. Cap. 3. angeführte Werk *de Indigitamentis*, über die heiligen Ritus, wird für dasselbe gehalten, und wenn Macrobius *Saturnal.* Lib. III. Cap. 11. sagt: *In Papiriano iure* evidenter relatum est, arae vicem praestare posse mensam dicatam, so ist dieß unstreitig von jenem Commentar zu verstehen. S. meinen lib. sing. de iure civili Papiriano. §. 34. et 39. (in *Opuscul. iurid.* Fasc. II. p. 213. sqq. et pag. 251.) Man sehe auch Hein. Ed. Dirksen Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des Röm. Rechts. 6. Abh. S. 280 f. und Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts bis Justinian. 1. B. 1. Abth. §. 26 u. 27.

16) Valla de Rebus dubiis. Cap. 48. will *secundum quosdam* lesen. Auch *Jo.* Goeddaeus in Commentar. repetitae praelect. ad Tit. Pand. de Verbor. Significat. h. L. 144. nr. 6. erklärt das *quosdam* durch quidam sc. *Veterum* dixerunt. Eben so Cujaz. Allein *quosdam* ist hier soviel als quondam. So liest auch *Julius* Pacius. Denn die Buchstaben s. und n. sind häufig von den Alten mit einander verwechselt worden, wie Cannegieter in Diss. cit. ad Legem Numae. Cap. IV. (in Fellenberg *Jurispr. antiq.* Tom. I. pag. 360. Not. a.) aus mehreren Beyspielen erwiesen hat. *Quondam* ist also hier eben soviel, als wenn Massurius Sabinus sagt *apud antiquos*. Antiqui sind hier diejenigen, welche Massurius Sabinus bey Gellius *Noct. Atticar.* Lib. V. cap. 19. *iuris veteris auctores* nennt. Es werden darunter die Rechtsgelehrten vor dem K. August verstanden, unter welchem die Lex Julia et Papia Poppaea gegeben worden

ptiis in domo sit, quam *παλλακην* [17]) Graeci vocant.

Allein seitdem der Concubinat durch die Lex Julia et Papia Poppaea, als eine erlaubte Geschlechtsverbindung war anerkannt worden, unterschied der juristische Sprachgebrauch zwischen *pellex* und *concubina*. Nun nannte man PELLEX ein solches Weib, welches mit einem verheyratheten Manne neben seiner Gattin zusammenlebte; CONCUBINA aber diejenige Frau, welche mit einer unverheyratheten Mannsperson, zwar wie eine Gattin, aber nicht in ehelicher Verbindung, sondern ohne die Würde und Rechte derselben, zusammenlebte [18]). Granius Flac-

ist, und die sonst von den juristischen Classikern, die wir mit den Namen der Pandectenjuristen zu bezeichnen pflegen, *Veteres* genennt werden. S. Dirksen's Abhandl. über die technische Bedeutung des Ausdrucks Veteres, und einiger anderer verwandter Bezeichnungen im Röm. Rechte. (in dessen Beyträgen zur Kunde des Röm. Rechts. (Leipz. 1825.) 2. Abh. §. 2. S. 164. ff.) GAIUS *Commentar. IV.* §. 30. umschreibt *Veteres* als diejenigen Rechtsgelehrten, qui *tunc*, nämlich vor den Julischen Gesetzen über das Gerichtswesen, iura condiderunt.

17) Von dem griechischen Worte *παλλαξ* und *παλλακη* hat mit vieler Gelehrsamkeit gehandelt VALCKENAER *in Ammonium* Animadversion. L. I. cap. 12. pag. 52. Man verstand darunter sowohl diejenige Frau, die mit einem verheyratheten, als die mit einem unverheyratheten Manne zusammenlebte. S. CANNEGIETER Diss. cit. Cap. IV. bey FELLENBERG Tom. I. pag. 355. sq.

18) S. HEINECCIUS ad L. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. Cap. 4. §. 3. und CANNEGIETER c. l. p. 357. sqq. Wenn es in den *Basilicis* Tom. I. Lib. II. Tit. 2. Const. CXLIV.

cus, der nach Censorinus [19]) unter Julius Cäsar blühte, und, wie Ducker [20]) bemerkt, wohl noch die Zeiten des K. Augustus erlebt haben konnte, sagt ausdrücklich: *Pellicem* nunc (i. e. sua aetate) vulgo vocari, quae cum eo, cui uxor sit, corpus misceat. Massurius Sabinus, ein Schüler Capito's, lebte unter Tiberius [21]). Daß vor der Lex Julia et Papia Poppaea auch eine Concubine, die mit einem unverheyratheten Manne, wie eine Ehefrau, nur nicht in ehelicher Verbindung, zusammenlebte, pellex genannt wurde, beweisen die letztern Worte: quam Graeci *παλλακην* vocant, welches griechische Wort sowohl eine pellex als concubina bezeichnete [22]); so wie das Wort *Concubina*

heißt: *Παλλακή εστιν ἣ συζῶσα τινι ἐν τῷ οἴκῳ αὐτοῦ νομίμως χωρὶς γάμου. ἡ δε ἧττον τιμιωτέρα, φίλη λέγεται.* i. e. Pellex *est*, *quae cum aliquo in eius domo legitime vivit sine nuptiis: paulo vero honestior*, Amica *dicitur*; so entspricht dieses durchaus unserer L. 144. nicht. Denn theils wird hier blos die alte Bedeutung des Worts pellex mit Uebergehung der neuern, beybehalten, theils der Name concubina mit dem der amica verwechselt, wie auch schon *Jo. Guil.* Hoffmann in Observation. var. s. Meletemat. ad Pand. Diss. XXXII. §. 5. diesen Irrthum der Griechen bemerkt hat. Man sehe auch Ramos Del Manzano ad Leg. Jul. et Papiam. Lib. IV. Reliquat. 2. nr. 9. (*Th. Meerm.* Tom. V. pag. 443.).

19) De die natali. Cap. 3.

20) Opusc. var. de Latinitate ICtor. veter. pag. 147.

21) *L.* 2. §. 47. *D. de Origine iuris.* S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts. S. 601. Not. 1. der 8. Auflage.

22) S. Goeddaeus cit. Commentar. nr. 5.

vor August auch für pellex genommen wurde [23]). Pellicat und Concubinat waren nun darin unterschieden, daß jener eine unerlaubte, dieser aber eine vom Gesetz erlaubte Verbindung war. Dennoch scheint dieser Unterschied zu den Zeiten der Pandecten-Juristen nicht so genau genommen zu seyn. Denn sonst wäre nicht zu erklären, warum die Römischen Eheweiber sich durch Pönalstipulationen gegen den Pellikat zu verwahren gesucht hätten. Papinian [24]) nennt eine solche Stipulation ex bonis moribus concepta, woraus eine Klage erwuchs, wenn derselben entgegengehandelt wurde. Dieß mag auch wohl die Ursache gewesen seyn, warum sich Kr. Constantin [25]) veranlaßt sahe, den Pellikat aufs neue zu verbieten.

So bildete sich nun auch der römische Begriff vom Concubinat, als einer gesetzlich anerkannten fortdauernden Geschlechtsverbindung zwischen einem unverheyratheten Manne, und einer unverheyratheten Frauensperson, welche zwar der ehelichen Verbindung ähnlich, aber durch den Mangel der affectio maritalis und der ungetheilten Lebensgemeinschaft, worin der wesentliche Character der Ehe besteht [26]), von derselben unterschieden wurde.

23) Cicero *de Oratore. Lib. I. cap.* 40. nr. 183.

24) *L.* 121. §. 1. *D. de Verbor. Obligat.*

25) *L. un. Cod. de Concubin.* S. Jordens Diss. I. de Legitimatione. Cap. III. §. 4. (bey Fellenberg Tom. II. pag. 341. sq.)

26) *L.* 32. §. 13. *D. de donat. inter Vir. et Ux.* Ulpian. Non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio. — *L.* 31. *pr. D. de donat.* Papinian. An autem *maritalis honor et affectio* pridem praecesserit, personis comparatis, *vitae coniunctione consi-*

Seitdem die Ehen bey den Römern, ohne Conventio in manum, durch den bloßen *Consensus* geschlossen wurden [27]), und weder instrumenta dotis, noch irgend eine andere äußere Form und Feyerlichkeit nothwendig erfordert wurde [28]); sondern das bloße wirkliche, ernstliche, und freywillige Zusammentreten von zwey freyen Personen verschiedenen Geschlechts zur ungetheilten Gemeinsamkeit des ganzen Lebens und der Schicksale, denn dieß soll jener *Consensus* bedeuten [29]), Stand und Rang mit eingeschlossen [30]), eine gültige Ehe hervorbrachte; war es oft schwer, den Concubinat von einer freien Ehe, wegen der nahen Verwandtschaft zwischen beyden, zu unterscheiden. Alles kam daher nur auf das äußerlich erkennbare Daseyn jenes consensus matrimonalis, oder der affectio maritalis an. War nun eine Dos förmlich bestellt, so lag darin ein stillschweigendes Anerkenntniß der Ehe [31]). Eben so konnte auch die, selbst in der christli-

derata, perpendendum esse respondi: *neque enim tabulas facere matrimonium.* §. 1. *I. de patr. pot.* Matrimonium est viri et mulieris coniunctio, *individuam vitae consuetudinem* continens.

27) *L.* 30. *D. de Reg. iuris. L.* 11. *D. de Sponsal. L.* 66. *pr. D. de donat. inter V. et U. L.* 15. *in fin. D. de conditionib.*

28) *L.* 22. *et* 24. *C. de nupt. Nov. XXII. Cap.* 3.

29) S. Joh. Christ. Hasse Güterrecht der Ehegatten. 1. B. §. 31—34. S. 96 ff.

30) *L.* 31. *pr. D. de donat.*

31) *L.* 3. *D. de iure dot.* Ulp. Neque enim dos sine matrimonio esse potest. *L.* 20. *C. de donat. ante nupt.* Dos propter nuptias fit, et sine nuptiis nulla dos intelligitur.

chen Zeit noch nicht abgekommenen, oft sehr feyerliche deductio in domum mariti [32]), (daher uxorem ducere) juristisch betrachtet, zum Beweis des animus maritalis dienen [33]). Vorzüglich aber schien die in den Ehepacten stehend gewordene, aber auch wohl mündlich vor Zeugen ausgesprochene Formel [34]): man heyrathe, oder man habe eine Frau *liberorum procreandorum* (quaerendorum, oder suscipiendorum) *causa*, zur Bezeichnung des wahrhaft ehelichen Consenses, geeignet zu seyn, nicht darum, als ob Kinderzeugung gerade für den Hauptzweck der Ehe zu halten sey; sondern weil auf rechtlichem Wege Vaterschaft und Familienverhältniß anders nicht begründet werden konnte [35]). Denn so wie nur diejenigen Kinder im rechtlichen Sinne für *filii, filiaeque* gehalten werden, welche ehelich erzeugt worden sind, eben so haben auch nur so erzeugte Kinder einen Vater, durch den sie in väterlicher Blutsverwandschaft stehen, und

32) S. den 22. Th. dieses Commentars §. 1191. S. 400 ff. und vorzüglich Hasse Güterrecht der Ehegatten 1. B. §. 32 — 34.

33) S. Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts bis Justinian 1. B. 2. Abthl. §. 145. S. 531.

34) Man sieht dieses ganz deutlich aus einer Stelle Ulpians, in dessen *Fragm. Tit. III.* §. 3. es heißt: Nam lege Junia cautum est, ut si (Latinus) civem Romanam, vel Latinam uxorem duxerit, *testatione interposita*, quod *liberorum quaerendorum causa* uxorem duxerit; etc.

35) S. Hasse a. a. O. §. 35. S. 117. Heinr. Ed. Dirksen's Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des Röm. Rechts (Leipzig 1823.) 1. Abh. S. 53. f. und Zimmern angef. Geschichte a. a. O. §. 145. S. 532 f.

in dessen väterlichen Gewalt sie sind [36]). Daher sagt der Kaiser Probus *L.* 9. *Cod. de Nupt.* daß wenn auch keine tabulae nuptiales errichtet worden, dennoch die Wahrheit der Ehe keinem Zweifel unterworfen seyn, und daher die darin erzeugte Tochter als eine eheliche gelten solle, wenn nur die Nachbaren, oder andere Leute bezeugen können, daß Fortunatus, an den das Rescript gerichtet ist, die Frau liberorum procreandorum causa bey sich gehabt habe [37]). War die affectio maritalis durch keine so deutliche Formel an den Tag gelegt worden; so konnte eine rechtliche Vermuthung eintreten. Es kam nämlich darauf an, mit welcher Person die Verbindung war eingegangen worden. Hatte Jemand eine ingenuam et

36) *L.* 3. *D. de his, qui sui vel alieni iuris sunt.* Gajus. Item *in potestate nostra* sunt liberi nostri, quos *ex iustis nuptiis* procreaverimus. *L.* 4. *D. eodem.* Ulpian. Nam qui *ex me et uxore mea* nascitur, *in mea potestate* est. *L.* 6. *pr. D. eodem.* Idem. *Filium* eum definimus, qui *ex viro et uxore eius* nascitur.

37) *Si vicinis vel aliis scientibus uxorem* LIBERORUM PROCREANDORUM GRATIA *domi habuisti, et* EX EO MATRIMONIO *filia suscepta, quamvis neque nuptiales tabulae, neque ad natam filiam pertinentes factae sint, non ideo minus* VERITATEM MATRIMONII *aut* SUSCEPTAE FILIAE *suam habere potestatem.* Man vergleiche damit die Stelle des Callistratus *L.* 220. §. 3. *D. de Verb. Signif.* Hierher gehört auch die Stelle aus Quinctiliani *Declamat. CCXLVII.* in fin. *Sermonis.* Fingamus, nuptias quidem fecisse nullas, *coisse autem* LIBERORUM CREANDORUM GRATIA: non tamen uxor non erit, quamvis nuptiis non sit collocata. Man sehe *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. Lib. XXIII. Tit. 2. §. *Nunc rem.* (Tom. II. *Opp.* pag. 486.) und den 23. Th. dieses Commentars. §. 1205. S. 137.

honestae vitae mulierem zu sich genommen, mit der er fortwährend, wie mit einer Ehefrau, zusammenlebte; so ward angenommen, daß eine Ehe geschlossen sey [38]. Wollte er das nicht, so muste er ausdrücklich vor Zeugen (testatione) erklären und bekanntmachen, daß er die Frau als Concubine nehme [39]. Wer aber weder das Eine noch

38) *L.* 24. *D. de Ritu nupt.* Modestinus *Lib. I. Regular.* In liberae mulieris consuetudine non concubinatus, sed *nuptiae* intelligendae sunt.

39) *L.* 3. *pr. D. h. t.* Marcianus *libro XII. Institutionum.* In concubinatu potest esse et aliena liberta, et ingenua, et maxime ea, quae obscuro loco nata est, vel quaestum corpore fecit: alioquin, si *honestae vitae*, et *ingenuam mulierem* in concubinatum habere maluerit, *sine testatione hoc manifestum faciente non conceditur:* sed necesse est ei, vel uxorem eam habere, vel hoc recusantem, stuprum cum ea committere. *Ger.* Noodt Comment. ad Dig. h. t. in fin. pag. 537. erklärt die Worte: *sine testatione hoc manifestum faciente* so: id est, sine matrimonio, sive palam coram vicinis aut aliis testibus non declarato, *se illam domi habere liberorum procreandorum gratia:* id enim hac loquendi forma indigitari, idemque sequente versu fortissime evincere hanc Marciani sive illationem sive conclusionem: *Sed necesse est ei, vel uxorem eam habere, vel hoc recusantem stuprum cum ea committere.* Noodt meint nämlich, eine mulier ingenua et honestae vitae habe man vermöge eines gewissen Senatusconsulti, dessen Papinian *L.* 10. §. 2. *D. ad L. Jul. de adult. coerc.* gedenkt, und Tacitus *Annal.* Lib. II. cap. 85. wörtlich anführe, gar nicht als Concubine bey sich haben dürfen. Man habe sie entweder heyrathen müssen, oder wer dieß nicht gewollt, und ohne Ehe mit ihr gelebt, habe sich eines stupri schuldig gemacht. Eben dieser Meinung waren auch schon vor

das Andere wollte, machte sich des criminis stupri schuldig [40]). War hingegen die Person, mit welcher Jemand

ihm *Jac.* Raevardus Varior. Lib. IV. Cap. 16. und *M. Vertran.* Maurus de Jure liberorum. Cap. 30. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. III. pag. 1043.) Allein die Erklärung der testatio von einer nuptialis, scil. uxorem duci *liberorum procreandorum causa*, ist dem Sinne der Worte offenbar entgegen, wie *Francisc.* Ramos Del Manzano in Commentar. ad Leges Juliam et Papiam Popp. Lib. IV. Reliquat. 2. nr. 8—10. (in *Thes. Meerm*, Tom. V. pag. 443.) deutlich erwiesen hat. Für die von mir angenommene Erklärung spricht auch der griechische Scholiast in den *Basilicis Tom. VII. Lib. LX. Tit.* 37. Sch. h. pag. 639 sq. wo es heißt: ἐὰν σεμνῆς ζωῆς ἐστὶ καὶ εὐγενὴς ἡ γυνή, οὐ δύναταί τις ἔχειν αὐτὴν παλλακίδα, εἰ μὴ ἄρα προδιαμαρτύρηται ὅπως παλλακίδα αὐτὴν ἔχει. χωρὶς γὰρ τῆς διαμαρτυρίας ταύτης ἐὰν συναφθῇ, ἢ γαμετὴν αὐτὴν ἔχειν πιστεύεται, εἰ μὴ ἔχων διάθεσιν γαμικὴν πρὸς αὐτὴν στοῦπρον ἁμαρτάνει. i. e. *Si honestae vitae est et ingenua mulier, non potest quis eam habere in concubinatu, nisi coram testibus manifestum faciet*, SE EAM IN CONCUBINATU HABERE: *alioquin sine hac testatione si ei iungatur, vel uxorem habere creditur, vel si non habet affectionem maritalem erga eam, stuprum committit.* Daß diese *testatio* keine nuptialis, sondern eine ganz andere gewesen, sieht man weiter aus dem Sch. i. Ἤγουν ὅτι παλλακῇ ταύτῃ χρᾶται, οὐ μὴν γυναικί. d. h. *nimirum quod ea concubina utatur, non uxore.* Mit dieser Erklärung stimmt auch Accursius überein. Daß nun auch aller vom Thomasius in Diss. de concubinatu §. 12. erträumte Widerspruch mit *L.* 1. §. 1. *h. t.* und *L.* 24. *D. de Ritu nupt.* wegfalle, haben Heineccius ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. IV. cap. 2. §. 4. pag. 172. und Jordens cit. Diss. Cap. III. §. 8. längst gezeigt.

zusammenlebte, eine liberta, oder zwar eine ingenua, aber eine solche, quae quaestum corpore fecit [41]), oder damnata adulterii [42]), oder sonst eine niedrige Person, die man nach den Gesetzen nicht zur Ehefrau machen durfte [43]), und in quam stuprum non committitur [44]); so sprach die Präsumtion für den Concubinat, wenn gleich instrumenta dotalia vorhanden waren. Denn diese konnten keine Ehe unter solchen Personen hervorbringen, zwischen welchen die Gesetze keine ius connubii gestatteten [45]).

Justinian ließ es Anfangs noch beym Alten. Noch in der *Nov. XXII.* Cap. 3. heißt es: Nuptias *mutuus* facit *affectus*, dotalium instrumentorum accessione non indigens. In der Folge aber, nämlich in der *Nov. LXXIV. Cap.* 4. §. 1. und *Nov. CXVII. Cap.* 4. verordnete er, daß die Personen der dignitatum maiorum, usque ad Senatores et Illustres, keine

40) *L.* 34. *pr. D. ad L. Jul. de adulter.* Modestinus *libro I. Regularum.* Stuprum committit, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii continet: *excepta videlicet concubina.*

41) *L.* 3. *pr. D. h. t.*

42) *L.* 1. §. 2. *D. h. t.*

43) *L.* 3. *pr. D. h. t.* Bey einer ingenua, obscuro loco nata, bedurfte es auch so wenig, als bey einer liberta einer Anzeige. S. Zimmern angef. Geschichte. §. 133. S. 488. Not. 19.

44) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

45) *L.* 16. *D. de his, quae ut indignis.* S. Heineccius ad L. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. Cap. 4. §. 4. pag. 173.

Ehe anders, als *confectis dotalibus instrumentis*, sollten eingehen können [46].

Der Unterschied zwischen Concubina und Uxor bestand nun darin [47].

1) Die Concubine nahm an dem Stande und Würde des Mannes, mit dem sie zusammenlebte, keinen Antheil [48], während der Mann die Ehefrau als die ihm gleichstehende Genossin seines Ranges und seiner Würde öffentlich anerkannte [49]. Zwar hatte die eigne liberta des Patrons matronae nomen und matrisfamilias honestatem [50]; aber an dem Range des Mannes nahm sie dennoch keinen Antheil [51]. Der Vorzug der uxor vor der Concubine zeigte sich aber

2) besonders darin, daß wegen Entwendungen gegen die Concubine die actio furti, gegen die uxor aber eine die Ehre mehr schonende Klage, die rerum amotarum actio, Statt hatte [52]. Einer Uxor konnte ferner

46) S. den 24. Th. des Commentars. §. 1220. S. 342.

47) S. Ramos Del Manzano cit. Schediasma de Concubinis. Cap. III. (in *Thes. Meerm.* Tom. V. pag. 559 sq.) *Em.* Merillius Observation. Lib. III. Cap. 16. und Jordens cit. Diss. I. de legitimat. Cap. III. §. 9. (bey Fellenberg Tom. II. pag. 347 sq.)

48) *L.* 4. *D. h. t.* *L.* 49. §. 4. *D. de legat. III.*

49) *L.* 32. §. 13. *D. de donat. inter Vir. et Ux.* *L.* 31. *pr. D. de donat.* Paulus *Sententiar. Recept.* Lib. II. Tit. 20. §. 1.

50) *L.* 13. *pr. D. ad Leg. Jul. de adulter.* *L.* 41. §. 1. *D. de Ritu nuptiar.*

51) S. Hasse Güterrecht der Ehegatten. 1. B. §. 35. Not. 171. S. 116.

3) der Ehemann gültig nicht schenken; die Schenkung hingegen war gültig und unwiederruflich, die ein Römer seiner Concubine gemacht hatte [53]. Eine Concubine konnte

4) auch eine ancilla seyn, eine uxor aber nur eine freie Person [54]:

5) Nur unter Ehegatten hatte ein divortium Statt, nicht unter denen, die im Concubinate lebten [55]. Eine Concubine konnte auch ohne alle Form wieder entlassen werden, aber nicht die uxor [56].

6) Ein kaiserlicher Beamter konnte in der Provinz, in welcher er sein Amt verwaltete, zwar eine Provinzialin zur Concubine, aber nicht zur Frau haben [57]. Endlich

7) zeigte sich der wichtigste Unterschied zwischen Concubinat und Ehe in Ansehung der Kinder [58]. Con-

52) *L.* 17. *D. de act. rer. amot.* Ulpian. Si *concubina* res amoverit, hoc iure utimur, *ut furti teneatur.*

53) *L.* 3. §. 1. *in fin. D. de donat. inter V. et U. L.* 31. *pr. D. de donat.* Bey den Concubinen der Soldaten (focariae militum) scheint jedoch eine Ausnahme Statt gefunden zu haben. *L.* 2. *C. de donat. int. V. et Ux.* (V. 16.)

54) *L.* 8. *D. de pignor. L.* 38. *pr. D. de rebus auct. iud. possid. L. ult. Cod. Communia de manumiss.* (VII. 15.) *Pr. I. de rupt.*

55) *L.* 17. *pr. D. de act. rer. amotar.*

56) *L.* 9. *L.* 11. *D. de divort.* S. Thomasius Diss. cit. §. 14.

57) *L. ult. D. h. t.*

58) S. *Tit. Cod. Theod. et Justin. de naturalibus liberis, et matribus eorum.* Jordens Diss. I. de Legitimatione Cap. II. §. 3—5. Meine Intestaterbfolge. §. 127 — 130. der

cubinen-Kinder hatten nicht die Rechte ehelicher Kinder. Sie waren auch nicht in der väterlichen Gewalt. Sie hiessen zum Unterschied der ehelichen Kinder liberi naturales. Jedoch waren damit anfangs alle uneheliche Kinder gemeint [59]). Erst seit Constantin wurden die Kinder einer Concubine im eigentlichen Sinne *naturales* genennt [60]). In dem griechischen Text der Novellen [61]) werden sie *νόϑοι* genennt, welcher Ausdruck also hier nicht jedes uneheliche Kind, sondern bloß die Concubinen-Kinder, die *naturales* im eigentlichen Sinne, bezeichnet [62]). In Ansehung der Mutter, und mütterlichen Verwandten standen nun zwar die Kinder einer Concubine eben so, wie die übrigen unehelichen Kinder einer Mutter, den ehelichen Kindern gleich [63]). Aber einen Vater im Sinne des Civilrechts, und väterliche Verwandtschaft haben diese Kinder nicht [64]). Nach den Gesetzen der

2. Aufl. und Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts 1. B. 2. Abth. §. 134. S. 491. ff.

59) *L.* 45. *D. de vulgari et pupill. substitut. L.* 17. §. 4. *D. ad SCtum Trebell.* S. Zimmern a. a. O. Not. 2. S. 491.

60) *Nov. LXXXIX. Praef.* Diese eigentliche Bedeutung von liberi naturales liegt in dem ganzen Tit. Cod. *de naturalibus liberis*, und in den Novellen zum Grunde. In dieser Bedeutung werden *naturales* und *spurii* sehr genau unterschieden. S. *Jac.* Cujacii Recitat. solemn. in Cod. ad Tit. XXVII. Lib. V. de naturalib. liberis.

61) *Nov. LXXIV.* und *Nov. LXXXIX.*

62) S. Jordens c. l. §. 3. pag. 331.

63) *L.* 5. *C. ad SCtum. Orfit.*

64) Kr. Justinus *L.* 7. *Cod. Just. de naturalib. liberis* sagt ius nomenque patris liberis naturalibus esse denega-

Pandecten wurden sie daher, in Ansehung des Vaters, wie extranei angesehen, und konnten, so wie die Concubine selbst, nur aus letzten Willensverordnungen desselben succediren [65]. Von einer Intestaterbfolge derselben

tum, i. e, nomen iusti patris. Denn PATER is est, quem iustae nuptiae demonstrant. *L.* 5. *D. de in ius vocando.* S. CUJACII Paratitl. in Cod. Lib. V. Tit. 27.

65) In Ansehung der natürlichen Kinder setzen dieses die *L.* 45. *D. de vulg. et pupill. substit.* und *L.* 17. §. 4. *D. ad SCtum Trebell.* ausser Zweifel. Daß man aber auch die Concubine selbst im Testament bedenken konnte, lehrt nicht nur Celsus *L.* 29. *pr. D. de legat. II.* sondern auch Papinian *L.* 16. §. 1. *D. de his, quae ut indignis.* Hier sagt Papinian: Quoniam stuprum in ea contrahi non placuit, quae se non patroni concubinam esse patitur: *eius, qui concubinam habuit, quod testamento relictum est, actio non denegabitur:* idque in testamento COCCEJI Cassiani clarissimi viri, qui Rufinam ingenuam honore pleno dilexerat, optimi maximique Principes nostri iudicarunt, cuius filiam, quam alumnam testamento Cassianus nepti coheredem datam appellaverat, vulgo quaesitum (oder wie Haloander und andere richtiger lesen quaesitam) apparuit. Man hat zwar bey Erklärung dieser Stelle soviel Schwierigkeiten gefunden, daß man sogar zur Emendation seine Zuflucht genommen hat. So will z. B. *Jac.* CUJACIUS Observat. Lib. V. cap. 6. am Schlusse der Stelle, statt *vulgo quaesitam* apparuit, vielmehr *vulgo quaestum fecisse adparuit* lesen, und läßt den Cassianus, uneingedenk der *L.* 1. §. 3. *D. h. t.* und *L.* 7. *D. de gradib. et adfin.* nach dem Tode der Rufina, mit welcher er in rechtmäßiger Ehe gelebt haben soll, deren Tochter, also seine Stieftochter, zu seiner Concubine machen, quia apparuerit,

war vor Justinian keine Rede. Allein im Codex ward jenes Recht zum Nachtheil der Concubinenkinder

eam quaestum fecisse corpore, darum habe sie können seine Concubine seyn. Allein diese incestuose Interpretation haben schon *Petr.* PERRENONIUS Animadversion. et variar. Lection. iuris civ. Lib. II. Cap. 25. (in *Thes. I. R. Otton.* Tom. I. pag. 655. sq.) *Em.* MERILLIUS Observat. Lib. III. Cap. 17. und besonders HEINECCIUS ad Leg. Jul. et Pap. Poppaeam. Lib. II. Cap. 1. §. 2. pag. 109 sq. et Cap. IV. pag. 169. mit Recht verworfen. PERRENONIUS hat nun zwar Recht, wenn er meint, Coccejus Cassianus habe mit der Rufina im Concubinat gelebt; wie er ganz richtig daraus schließt, weil sie schon vorher eine filiam vulgo quaesitam hatte. Da ihm nun aber doch die Worte: *qui Rufinam ingenuam honore pleno dilexerat*, auf eine affectio maritalis hinzudeuten schienen, so erlaubt er sich die Lesart durch Einschiebung einer Negation zu ändern. Er liest also: qui Rufinam ingenuam non honore pleno dilexerat. Allein ohne Noth, wie TROTZ de Memoria propagata I. 2. pag. 132. gezeigt hat. Ich übergehe die Emendationen Anderer, weil sie eben so kühn, als unnütz sind. Daß diese Stelle sich ohne alle Emendation ganz richtig erklären lasse, haben *Guido* PANCIROLUS in Thesauro variar. Lection. utriusque iuris. (*Lugd.* 1617.) Lib. II. cap. 102. pag. 274. sq. *Jac.* RAEVARDUS Conjectaneor. Lib. II. cap. 5. (*Opp.* Tom. II. *Lugd.* 1623. 8.) *Greg.* MAIANSIUS ad triginta ICtorum omnia fragmenta, Tom. II. pag. 138. sqq. *Jos. Fern. de* RETES Opusculor. Lib. VIII. Cap. 22. (in *Thes. Meerm.* Tom. VI. pag. 406) *Em.* MERILLIUS c. l. und HEINECCIUS c. l. pag. 109. gezeigt. Eine Frauensperson ließ sich von einem Manne zur Concubine annehmen, der nicht ihr Patron war. Denn daß eine aliena liberta im Concubinate seyn konnte, sagt Marcian ausdrücklich *L. 3. pr.*

und ihrer Mutter abgeändert. Kaiser Constantin der Große gab nämlich seine Abneigung gegen den Con-

D. h. t. Es ist aber auch nicht einmal nöthig, hier gerade eine liberta anzunehmen. Sie konnte auch eine ingenua seyn, die keinen Patron haben konnte. Dieser Mann machte ein Testament, und bedachte darin seine Concubine. Nun entstand die Frage, ob der Fiscus das Vermächtniß einziehen könne? Daß eine stupro cognita, oder auch eine solche mulier, in quam turpis suspicio cadere potest, auch nicht einmal aus einem privilegirten Soldaten-Testamente erwerben konnte, hat keinen Zweifel. Die *L.* 14. *D. de his, quae ut indign.* und *L.* 41. *pr. D. de testam. milit.* lassen keinen Zweifel übrig. Ein solches Vermächtniß fiel also ohne allen Zweifel an den Fiscus. S. Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 133. Not. 25. S. 489. Allein davon konnte hier nicht die Rede seyn, weil man längst darin einverstanden war (placuit), daß an einer solchen Person kein Stuprum begangen werde, mit der man in einem erlaubten Concubinate lebte. Daher findet auch Papinian in dem vorliegenden Falle kein Bedenken, das Vermächtniß für ein solches zu erklären, aus dem die Klage nicht versagt werden könne. Concubinen hatten sogar vor Eheweibern den Vortheil, daß sie das Vermächtniß ganz erhielten, wovon Eheweiber nach der Lex *Julia de decimis et solidi capacitate* (Ulpian *Fragm. Tit.* 15 *et* 16.) nicht das Ganze (Solidum) erhalten konnten. Papinian bestärkt aber seine Entscheidung noch mit einem merkwürdigen wirklich streitigen Falle aus dem Testament eines gewissen Coccejus Cassianus, den die Kaiser Severus und Antoninus entschieden hatten, wo es sogar noch zweifelhaft war, ob dieser Cassianus wirklich mit der Person im Concubinat gelebt habe, deren Tochter er mit seiner Enkelin in seinem Testament eingesetzt hatte. Cassianus war ein Senator. Denn diese hießen

cubinat zuerst dadurch zu erkennen, daß er den Senatoren und andern vornehmen Beamten ihren aus irgend einer

clarissimi. *L.* 8. *D. de Senatoribus.* Dieser Mann hatte mit einer ingenua zusammengelebt; sie wird Rufina genennt, welche er pleno honore geliebt hatte. Wäre Haloanders Lesart, *pleno amore* richtig; so hätte wohl nicht die Frage seyn können, ob er sie zur Concubine, oder zur Frau gehabt habe. Denn der *plenus honor* ist ja, wie Papinian an einem andern Orte (*L.* 31. *D. de donat.*) sagt, gewiß der maritalis honor et affectio, wodurch sich die uxor von einer Concubine unterschied. Mag aber auch Cassianus immerhin seine Rufina, wie eine Gattin geliebt haben, (denn die Lesart Haloanders hat nicht die geringste Auctorität für sich, wenn ihr gleich *Ant.* Faber Conjecturar. iur. civ. Lib. III. cap. 14. huldiget) seine iusta uxor konnte sie dennoch nicht seyn. Liebte ja auch Vespasian seine Cänide, und Commodus seine Marcia eben so, ut paene *iustae uxoris loco* haberent; und doch war die eine, wie die andrre, nur Concubine des Kaisers, wie Sueton. *in Vespas.* c. 3. und Herodian I. pag. 26. erzählen. S. die Note des Marcilius zu der Stelle des Sueton. in der Ausgabe des Pitiscus. Unsere Rufina war zwar eine ingenua, aber doch eine mulier vulgaris, quae quaestum corpore fecerat. Denn ihre Tochter wird eine vulgo quaesita genennt. Eine solche Person konnte nach der Lex *Julia de maritandis ordinibus* nicht die Frau eines Senators seyn. Ulpianus *Fragm. Tit. XIII.* §. 1. Sie war aber auch keine stupro compressa. Denn an einer solchen ingenua, quae corpus vulgaverat, konnte kein stuprum begangen werden. *L.* 34. §. 1. *D. ad Leg. Jul. de adult.* S. *Jo. Guil.* Hoffmann ad Leg. Juliam de adulter. Cap. IV. §. 4. Die Rufina konnte also nur Cassians Concubine seyn. *L.* 1. §. 1. *L.* 3. *pr. D. de Concubin.* Cassian hatte sie auch wirklich nur als

mit gewissen in der Constitution selbst näher beschriebenen niedrigen Frauenspersonen eingegangenen Verbindung erzeugten Kindern, mag sie der, welcher Vater genennt wird, als legitimi oder naturales angesehen haben wol-

Concubine bey sich. Papinian folgert dieß aus mehreren Gründen. Erstens daraus, weil Cassian die Tochter der Rufina nicht privigna, sondern nur alumna nennt. Er würde sie aber privigna genennt haben, wenn er mit ihrer Mutter in modum iustae uxoris gelebt hätte. Ich bemerke hierbey, daß es wohl ein Irrthum ist, wenn *Guil.* Ranchinus Variar. Lection. Lib. III. Cap. 1. (in *Thes. Otton.* Tom. V. pag. 247.) meint, die Tochter der Rufina wäre vom Cassianus in diesem Concubinat mit der Mutter erzeugt worden. Denn wäre sie seine Tochter gewesen, so würde er sie ja nicht in seinem Testamente alumna genennt haben. Es widerlegt sich dieß aber noch mehr aus dem zweyten Grunde Papinians, die Tochter der Rufina war eine *vulgo quaesita*. Cassian konnte also die Mutter derselben im Ernst nicht zur Ehefrau genommen haben. Denn ihm stand ja das Gesetz entgegen, welches er doch, als Senator, kennen mußte. Hatte also Cassian seine Rufina im Testamente bedacht, so war dieß kein legatum ereptitium, sie konnte es vielmehr ganz erhalten, eben weil sie keine Ehefrau war. Papinian sagt zwar davon nichts; allein wir können uns dieses mit Pancirolus c. l. und Retes c. l. füglich dazu denken, weil es die Hauptfrage war, die Papinian hier entscheidet, nämlich ob einer Concubine gültig etwas im Testament hinterlassen werden könne? Cassianus hatte zwar zugleich die Tochter seiner Concubine mit seiner Enkelin zur Erbin eingesetzt, allein über die Gültigkeit dieser Erbeinsetzung konnte nun noch weniger Zweifel entstehen. Denn konnte Cassian die Mutter im Testament einsetzen, warum nicht auch die Tochter derselben?

len, so wie deren Mutter, etwas durch Schenkung oder sonst zuzuwenden verbot. Wäre es dennoch geschehen; so soll ein solches Geschenk, oder Vermächtniß den legitimen Kindern des Vaters oder den Geschwistern oder den Eltern herausgegeben werden, oder in deren Ermangelung an den Fiscus fallen [66]). Ja wir haben jetzt aus dem Fragment einer von Peyron wieder aufgefundenen Constitution des Kaisers Constantin des Großen vom J. 336. erfahren [67]), daß das, was einem Concubinenkinde von seinem natürlichen Vater geschenkt oder hinterlassen worden, nur an solche Geschwister fallen solle, welche consanguinei, und also Agnaten sind, nicht an uterinos, so wie dieser Kaiser auch bey der Inofficiositäts-Querel der Geschwister denselben Unterschied gemacht hatte [68]). Was hier für den Orient verordnet worden, ward in der *L.* 3. *C. Theod. de natural. fil.* [69]) für den Occident wiederholt, welches letztere Gesetz die *L.* 1. *C. Just. eod.* ist.

Milder waren die Kaiser Valentinian, Valens und Gratian gegen die natürlichen Kinder und deren Mutter gesinnt, wie auch Justinian dieses selbst in einer seiner Novellen [70]) rühmt. Diese Kaiser milderten nämlich jenes

66) *L.* 1. *Cod. de naturalib. liberis.*

67) S. *Car. Frid. Christ.* Wenck Cod. Theodos. libri V priores (*Lips.* 1825.) pag. 212. Man vergleiche damit noch die *L.* 5. *Cod. Theodos. de naturalib. filiis.* Bey Wenck pag. 219.

68) *L.* 1. *C. Th. de inoff. testam.* S. Wenck Not. z. ad L. 2. C. Th. de nat. fil. pag. 212.

69) Bey Wenck c. l. pag. 214 — 217.

70) *Nov. LXXXIX. Cap.* 12. *pr.*

harte Gesetz des ersten christlichen Kaisers in einer Constitution vom J. 371 [71]) darin, daß sie verordneten, ein Vater könne seinen natürlichen Kindern, oder auch seiner Concubine unter Lebenden, oder auf den Todesfall etwas von seinem Vermögen zuwenden, nämlich wenn er legitime Descendenten, Vater, oder Mutter habe, ein Zwölftheil (uncia), in Ermangelung derselben zwar etwas mehr, aber doch nicht über ein Viertel seines Vermögens.

Die Kaiser Arcadius und Honorius erneuerten die vorige Verordnung mit der Modification, daß wenn die Concubine nur allein vorhanden wäre, ihr mehr nicht, als $\frac{1}{24}$. (semiuncia) solle zugewendet werden können. Die hiervon vorhandene Constitution im Justinianeischen Codex [72]) ist sehr interpolirt, wie wir jetzt aus der durch den Turiner Palimpsest wieder aufgefundenen Verordnung der gedachten Kaiser erfahren. Sie ist jetzt die *L. 6. Cod. Theod. de naturalib. filiis*, welche bey Wenck [73]) folgendermassen lautet.

Impp. Arcadius et Honorius AA. et Theodosius A. *Anthemio* Pf. P.

Damus patrum arbitrio, si tamen legitima prole careant, nec filios, vel nepotes ex filio matremve habeant, naturales filios, quos ex quaesito

71) Bey Gothofredus Cod. Theod. Tom. I. pag. 392. edit. *Ritter*. die *L.* 1. nun bey Wenck c. l. pag. 217. sq. die *L. 4. Cod. Th. de natural. filiis*. Es ist hierin von einem temperare leges Constantinianas die Rede. S. *Jac.* Gothofredi Commentar. pag. 393.

72) *L. 2. C. de naturalib. liberis.*

73) Codicis Theodos. libri V. priores. Lib. IV. Tit. 6. N. 6. pag. 220.

susceperint contubernio, eorumque matrem, tres bonorum suorum uncias largitate prosequi, seu ultima voluntate: matre vero, vel ceteris personis, quae ex connubio sunt, hoc est, legitimis filiis, vel nepotibus ex filio, viventibus, vel existentibus, pater bonorum suorum unam tantum unciam naturalibus filiis eorumque genitrici largiendi aut relinquendi habeat potestatem. Dat. Id. Novemb. *Constantinop.* Stilicone II. et Anthemio Coss. (405.)

Dieses Gesetz wiederholt also, was die *L.* 4. *Cod. Th. eod.* verordnet hatte, und wiederholt auch wohl nur für den Orient, was die sehr lückenhafte *L.* 5. *Cod. Theod. eodem* für den Occident verordnet haben mochte, aus welcher die Verfasser des justinian. Codex die in Ansehung der Concubine gemachte Modification in die *L.* 2. *cit.* aufgenommen haben. Die Constitution ist auch in Justinian's Compilation darin interpolirt, daß sie von Enkeln überhaupt spricht, nicht, wie jene *L.* 6. *Cod. Theod.*, von nepotes ex filio[74]), und auch noch einen neuen Zusatz enthält. Ueberdem ist der ganze erste Theil der *L.* 6. *C. Th.* weggelassen. Inscription und Subscription ist übrigens die nämliche. In dem Justin. Codex lautet die *L.* 2. *eodem.* also

74) Unstreitig darum, weil hierin das Recht durch die *L.* 4. *Cod. Theodos. de legit. hered* (V. 1.) oder die *L.* 9. *Cod. Justin. de suis et legitim. liber.* welche achtzehn Jahre jünger ist, als die *L.* 4. *C. Th.* geändert worden ist. S. Wenck ad L. 4. Cod. Theod. de nat. fil. not. f. pag. 218. not. l. pag. 219. und ad L. 6. C. Th. eod. not. r. pag. 220. S. auch Zimmern Gesch. des R. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 134. Not. 8. S. 493

Matre, vel legitimis filiis, vel nepotibus, vel pronepotibus cuiuscunque sexus, uno pluribusve existentibus, bonorum suorum unam tantum unciam pater naturalibus filiis seu filiabus, eorumque genitrici, vel *si sola sit concubina*, *semiunciam largiendi vel relinquendi habeat potestatem.* Quicquid vero ultra modum concessum relictum sit, legitimis filiis, vel matri, vel ceteris successoribus iure reddatur.

Die letzten Worte fügte Justinian hinzu, um das Gesetz von dem Vorwurfe der Unvollkommenheit zu befreien, den er ihm in seinen Novellen [75]) macht. Nach diesem Zusatze soll also das, was den natürlichen Kindern, oder deren Mutter ultra modum zugewendet worden ist, den legitimen Kindern, oder übrigen Verwandten zuwachsen.

Kaiser Valentinian III. stellte zwar das strenge Gesetz des Kaisers Constantin des Großen im J. 426. wieder her, dessen Constitution wir aber nicht mehr haben [76]); allein Theodos der zweyte hob es für den Orient, welchen er beherrschte, wieder auf, und stellte das Recht wieder her, was durch die *L.* 4. und *L.* 6. *C. Th. de nat. fil.* war eingeführt worden; aber doch nur in Ansehung der natürlichen Kinder; denn was Valentinians Constitution von der Concubine selbst verordnet hatte, ließ er stehen. Es ist nach Gothofred [77]) die

75) *Nov. LXXXIX. Cap.* 12. *pr.*

76) Es scheint das Turiner Fragment der *L.* 7. *C. Th. de nat. fil.* bey Wenck pag. 221. der Anfang derselben, und die *L.* 3. *C. Th. de libertis*, bey Wenck pag. 236. ein Theil dieser Constitution gewesen zu seyn. S. die Not. u. pag. 221.

77) Cod. Theod. Tom. I. pag. 395. edit. *Ritt.*

L. 2. nach Wenck[78]) aber die *L.* 8. *C. Theod. eodem.* gegeben zu Constantinopel 428. Die Worte dieser Constitution sind.

Naturales liberi eorumque matres nec parentum arbitrio in successionibus ceterisque modis, quibus rei mobilis vel immobilis dominium confirmatur, passim et sine legis distinctione congrua permittantur, *nec tamen legis, quae nuper lata est, asperitate premantur*, cum satis sit, eos *secundum priorem constitutionem*, aut exstantibus iustis liberis, aut etiam non exstantibus, id tantum consequi, *si patris deferatur arbitrio*[79]), quod per eam iusta moderatione decretum est; ceteris, quae de eorum matribus, libertis, libertinisque *per novam constitutionem* decreta sunt, in sua manentibus firmitate. Dat. x. Kal. Mart. Constantinop. Tauro et Felice *Coss.* (428.)

So blieb es nun bis auf Justinian. Dieser erweiterte nicht nur das Erbrecht der natürlichen Kinder durch Testament des Vaters in einer Verordnung vom J. 528. dahin, daß er denselben nebst der Concubine in dem Falle, da keine legitime Descendenten oder deren Mutter vorhanden wären, statt jener drey Unzen, die Hälfte des Vermögens zu hinterlassen erlaubte[80]); sondern er ertheilte auch sogar in der Folge den Kindern des ersten Grades nebst ihrer Mutter das Recht dem Vater ab intestato zu succediren, in der Novelle *XVIII.*

78) Cod. Th. libri V. prior. pag. 222.

79) Eine gesetzliche Erbfolge hatte also bey natürlichen Kindern noch nicht Statt.

80) *L.* 8. *Cod. de naturalib. lib.*

Kap. 5. (vom J. 536.) nämlich so, daß sie zusammen, jedoch nur in dem Falle, wenn der Vater weder eheliche Kinder, noch eine rechtmäßige Ehefrau hinterläßt, den sechsten Theil seines Vermögens erben sollen [81]).

In einer neuern Verordnung vom Jahre 539, nämlich in der Novelle *LXXXIX.* Kap. 12. §. 2—6. hat Justinian das Erbrecht der natürlichen Kinder und der Concubine, zum Theil noch weiter gehend, auf folgende Art zusammengefaßt.

I. Sind legitime Kinder vorhanden, so soll den natürlichen Kindern und deren Mutter nicht über eine Unze, $\frac{1}{12}$. der Concubine aber allein, d. h. wenn keine natürlichen Kinder da sind, mehr nicht als eine halbe Unze, $\frac{1}{24}$. durch Schenkung oder Vermächtniß zugewendet werden können. Ist mehr gegeben worden, so soll der Ueberrest den legitimen Kindern zuwachsen.

II. Sind aber keine legitimen Descendenten da, auch keine Ascendenten vorhanden; so kann ihnen der Vater sein ganzes Vermögen durch Testament, oder unter Lebenden zuwenden. Hat jedoch der Vater noch Eltern, so soll er diesen den Pflichttheil, so wie solchen die Gesetze bestimmt haben, zu hinterlassen schuldig seyn, das übrige Vermögen aber seinen natürlichen Kindern zutheilen dürfen.

III. Stirbt der Vater, ohne durch Testament, oder sonst über sein Vermögen disponirt zu haben, und es sind weder legitime Descendenten, noch eine rechtmäßige Ehefrau vorhanden; so sollen die natürlichen Kinder, soviel auch

81) Von diesem Intestaterbrecht der natürlichen Kinder nebst der Concubine habe ich in meiner Schrift von der Intestaterbfolge §. 127 — 132. gehandelt.

deren seyn mögen, zwey Unzen, d. h. den sechsten Theil seines Vermögens erben, und solchen mit der Mutter theilen, so daß diese einen Kindestheil erhält. Hat hingegen der Vater legitime Descendenten, ohne Rücksicht auf Grad, oder auch nur eine Ehefrau hinterlassen; so sollen die natürlichen Kinder ab intestato nichts erhalten, sondern nur die Alimente nach billigem Anschlage aus der väterlichen Verlassenschaft verlangen können.

IV. In Ansehung der natürlichen Enkel soll es bey der Constitution bleiben, die er wegen derselben schon früher gegeben hat [82]). Uebrigens soll

V. dieses alles nur in der Voraussetzung gelten, daß der Vater mit der Mutter der natürlichen Kinder in einem reinen und erlaubten Concubinate gelebt habe. Die Concubine muß also eine freie Person seyn, und zwar nur als die alleinige Concubine sich während seines Lebens bey ihm im Hause aufgehalten, der Erblasser sie wirklich als Concubine, und die mit ihr erzeugten Kinder, als seine Kinder anerkannt, und erzogen haben, wenn auch die Concubine noch vor ihm gestorben, oder sich von ihm getrennt hätte.

Die hierher gehörigen Worte aus der Novelle 89. Kap. 12. lauten nach Hombergks Uebersetzung folgendermassen.

§. 2. Ne igitur, — quod in extraneis, et ignotis facere licet, id in propriis *liberis naturalibus* homines facere prohibeamus; propterea hac lege sancimus, si quis legitimos liberos habeat, ut liberis illis, eorumque matri, *ultra unam unciam* relinquere, vel naturalibus liberis, vel concubinae donare non possit: hoc enim in priore constitu-

82) *L. ult. C. de nat. lib.*

tione [83]) ratum habemus. Sed et si quid amplius quocumque modo dare velit, hoc liberorum sit legitimorum. Si vero liberi quoque non adsint, sed concubina solum, huic *dimidiam unciam* dari vel relinqui permittimus.

§. 3. Quod si nec liberos legitimos, nec aliquem ascendentium habeat, quibus testatores legitimam partem substantiae suae relinquere necesse est, liceat etiam *in duodecim uncias* liberos naturales heredes scribere, interque eos, eo quo volunt modo, res dividere, et vel per simplicem, vel ante nuptias donationem, vel per dotem, vel alio quocumque legitimo modo, substantias suas ad eos deferre. — Si vero quosdam ascendentes habeant, legitimam illis partem relinquant, quam lex et nos constituimus: reliquum vero omne ad liberos naturales transmittendi licentiam habeant. Atque hoc de iis dicimus, qui scriptis et legitimis *testamentis* voluntatem suam consignant.

§. 4. Si tamen quis moriatur, nec legitima prole (liberis nempe, vel nepotibus, vel sequentibus successoribus) nec legitima uxore existente, et deinde moriatur, *de substantia sua nihil disponens*, et cognati forte veniant, vel manumissor bonorum possessionem movens et intendens, vel etiam fiscus noster, (neque enim illi, quantum ad hoc, parcimus) habuerit vero in domo, dum viveret, liberam mulierem, cui tanquam concubinae cohabitaverit, ex eaque liberos, (iis enim solis

83) *L. 2. C. de natur. lib.* deren Justinian selbst im Anfange des *Cap.* 12. dieser Novelle gedenckt.

haec sancimus, ubi indubitata plane est, tam concubinae in domo affectio, quam etiam liberorum ibidem procreatio et educatio) concedimus illis, *ut parentibus etiam* INTESTATO *mortuis, duas uncias paternae substantiae* habeant, *una cum matre dividendas*, quotcunque sint liberi: ita ut unius filii portionem mater quoque accipiat. Et haec dicimus, *si uni concubinae cohabitet, ex eaque liberos habeat, vel si concubina morte forte, vel separatione ante seiuncta, liberos domi habeat:* tunc enim damus illis, *ut* AB INTESTATO *ad duas uncias vocentur.*

§. 6. Si quis autem (oportet enim omnem diligentiae simul pietatisque viam inire) cum legitimos liberos habeat, etiam naturales relinquat, eos *ab intestato* nihil plane habere volumus: sed sancimus, ut naturales a legitimis, uti decet, et pro modo facultatum, a bono viro aestimando alantur: id quod a nostris legibus *boni viri arbitratu* dicitur. Atque hoc ipsum custodiatur, licet quis coniugem, et ex praemortua concubina naturales liberos sibi natos habeat, ut et illi a successoribus eius alantur. Nam quod ad *nepotes naturales* attinet, illa obtineant, quae iam a nobis diserte de iis disposita sunt.

In Rücksicht der Enkel hat nämlich Justinian in *L. ult. C. de nat. lib.* verordnet, daß der Großvater den natürlichen Kindern eines legitimen Sohns, so wie den ehelichen Kindern seines natürlichen Sohns von seinem Vermögen zwar im Testament soviel solle hinterlassen können, als er wolle, wenn keine legitime Descen-

denz vorhanden sey. *Filiis* enim *naturalibus* relinqui constitutiones, quantum voluerint, ideo prohibuerunt, quia vitium paternum refrenandum esse existimaverunt. *In nepotibus* autem non eadem observatio in praefatis speciebus custodienda est, *ubi legitima soboles minime facit impedimentum.* Ea enim subsistente, veterum Constitutionum tenorem in naturalibus filiis statutum, in nepotes extendimus. Allein ein Intestaterbrecht ist den Enkeln nicht ertheilt worden. Jura etenim *ab intestato* in avi successionem nemini eorum penitus aperimus. Wegen der Alimente wird weder in dieser Constitution, noch in der bestätigenden Novelle 89. Kap. 12. §. 6. a. E. etwas erwähnt.

§. 1296.

Unter welchen Bedingungen erlauben die Röm. Gesetze den Concubinat?

Ob der Concubinat schon vor der Lex Julia de maritandis ordinibus erlaubt gewesen, ist zweifelhaft. Erklärt man das oben angeführte Gesetz des Numa, welches einer pellex den Altar der Juno zu berühren verbot, von einer solchen Weibsperson, welche mit einem verheyratheten Manne zusammenlebte, so kann es scheinen, daß selbst durch dieses Gesetz der Concubinat im eigentlichen Sinn indirect geduldet worden sey [84]). Allein daß das Wort *pellex* in dem Gesetz des Numa eine umfassendere Bedeutung gehabt habe, dafür spricht das vom Paulus [85]) angeführte Zeugniß des Granius Flaccus, der gewiß

84) Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 133. S. 486.

85) *L.* 144. *D. de V. S.*

in seinem libro *de iure Papiriano* bey Erklärung jenes königlichen Gesetzes die Bedeutung des Worts *pellex* im ehemahligen und jetzigen Sinne angab. Daher auch die häufige Verwechselung der Benennungen pellex und concubina bey den Alten [86]. Was den Gottheiten verhaßt war, durfte sich ihren Altären nicht nahen. So wie also den Mannspersonen verboten war, dem Opfer der Bona Dea [87], und den Frauenspersonen, dem Opfer des Hercules beyzuwohnen [88]; so war auch den Weibern, die mit Mannspersonen in keiner rechten Ehe lebten, verboten, den Altar einer Göttin zu berühren, welche als die Stifterin und Beschützerin der Ehen verehrt, und daher *Juga* und *Pronuba* genennt wurde [89]. Nur matronae und matresfamilias durften ihrem Altar sich nahen, und ihren Opferfesten beywohnen, das heißt hier *aram Junonis tangere*, welches man gewöhnlich tropisch, aber unrichtig, vom heyrathen versteht [90]; nicht pellices noch concubinae, ohne der beleidigten Keuschheits-Göttin ein Sühnopfer mit einem Lamme zu bringen [91]. Griechen und

86) S. Heineccius ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. Cap. IV. §. 3. pag. 165. sqq.

87) Tibullus *Lib. I. Eleg. VII. v.* 22. Propertius *Lib. IV. Eleg. IX. v.* 26.

88) Propertius c. l. v. 69 et 70. und Pausanias *Lib. III. cap.* 22.

89) Virgil. *Aeneid. IV. v.* 59. *et* 166. Ovidius *Heroid. Epist.* XII. v. 86. *Thom.* Reinesius Inscript. Class. I. p. 33. et 34. Gruterus Thes. Inscript. pag. 25. Nr. 5.

90) So z. B. *Jac.* Raevardus de Auctorit. Prudentum. Cap. 1. *Jan. Vinc.* Gravina Origg. iuris. civ. Lib. II. cap. 22. Heineccius ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. I. cap. 2. §. 8. pag. 29. auch Zimmern a. a. O. S. 485.

91) Man sehe hier vorzüglich *Herm.* Cannegieter Diss. cit.

Römer misbilligten daher in den ältern Zeiten den Concubinat und Pellicat in gleichem Grade [92]). Der Tempel der *Fortuna Matronarum*, dessen Geschichte uns Dionys [93]) mit der ihm eigenen Ausführlichkeit erzählt; das *Sacellum Pudicitiae patriciae*, neben dem Tempel des Herkules, so wie das von der Virginia, einer Patricierin, aus weiblicher Reitzbarkeit, weil sie wegen ihrer Heyrath mit dem plebejischen Consul Lucius Volumnius von den patricischen Standesfrauen beym Opferdienst nicht zugelassen werden wollen, gestiftete *Sacellum Pudicitiae plebeiae*, wovon Livius [94]) einen umständlichen Bericht erstattet, beweisen den hohen Grad der Achtung, die man noch zu den Zeiten der Republik für keusche Ehen hatte. Denn nur römische Matronen von bewährter Keuschheit, die nur mit einem Manne vermählt waren, nicht einmal Wittwen, welche in der zweyten Ehe lebten, hatten in diesen Tempeln und Sacellen das Recht zu opfern. Merkwürdig war auch der Unterschied bey den Opfern der ehelichen Matronalfeste zwischen freygebohrnen und freygelassenen Matronen. Jene opferten am Altar der *Juno Matrona*, diese der *Feronia*, welche auch zuweilen von den Alten *Juno* genennt wird. Livius [95]) gedenkt der Feronia schon unter Tullus, und erzählt [96]), als Knejus Servi-

ad Legem Numae Pompilii de ara Junonis etc. Cap. 3. (bey Fellenberg T. I. pag. 351. sqq.)

92) *Christfr.* Waechtler in Opusc. pag. 557. sqq. hat dieß mit vieler Gelehrsamkeit gezeigt. Man sehe auch Heineccius c. l.

93) Dionys. Halicarn. *Antiquit. Rom.* Lib. VIII. pag. 525. sq. edit. *Sylburg.* (*Lipsiae* 1691. f.)

94) *Lib. X. Cap.* 23.

95) *Lib. I. cap.* 30.

96) *Lib. XXII. Cap.* 1.

lius im Jahre der Erb. R. 535. sein Consulat angetreten, so habe der Senat, um gewisse Schreckzeichen (prodigia) zu beseitigen, die von mehreren Orten zugleich waren einberichtet worden, beschlossen ein dreytägiges Betfest bey allen Göttersitzen halten zu lassen. Da seyen denn auch zum Opferfest der Juno und Feronia von den freygebohrnen und freygelassenen Matronen Geschenke zusammengebracht worden. Diese Feste stammten vermuthlich, so wie überhaupt der ganze Religionscultus der Römer, von den Etruskern, oder wie Joh. Wilh. Hoffmann [97]) glaubt, von den Sabinern her, von welchem Volke alles, was zur Heiligkeit der Ehen beytrug, gleichsam als aus einer heiligen Quelle, geschöpft wurde. Die Furcht vor diesen Gottheiten, die Schande, die mit der Ausschließung von den Altären und Festen derselben verbunden war [99]), so wie das heilige Bild der *Venus Verticordia* sollte zwar die Herzen der römischen Matronen noch mehr für keusche Liebe gewinnen [100]); allein Livius [1]) erzählt uns, daß jener heilige Dienst in

97) Ad Leg. Juliam de adulteriis coercend. Liber singular. Cap. I. §. 13. (in Fellenberg *Jurispr. Antiqu.* Tom. I. pag. 127. sqq.)

98) S. Festus pag. 72. u. Varro de L. L. pag. 22 .*edit. bipont.*

99) S. Cannegieter Diss. ad Legem Numae de ara Junonis. Cap. VIII. (bey Fellenberg Tom. I. pag. 384. sqq.)

100) Valerius Maximus *Lib. VIII. Cap.* 15. *nr.* 12. Quae cum Senatus libris sybillinis per Decemviros inspectis censuisset, ut *Veneris Verticordiae* simulacrum consecraretur, quo facilius virginum mulierumque mentes a libidine ad pudicitiam converterentur etc.

1) Livius *Lib.* X. *cap.* 23. *circ. fin.* Vulgata dein religio a pollutis, nec matronis solum, sed omnis ordinis

der Folge von entweiheten, und zwar nicht allein Standesfrauen, sondern auch Weibern aus allen Klassen, gemein gemacht worden, und zuletzt in Vergessenheit gekommen sey. Die nachherigen Sitten der Republik, besonders zu den Zeiten des Sulla, Cäsar, und des Triumvirats [2]), hatten also auch wohl schon gewiß die Bahn geöffnet, auf welcher unter dem Kaiser August die Lex Julia et Papia Poppaea nur fortschritt, wenn dieses Gesetz, indem es die Ehen mit gewissen niedrigen Personen nicht zulassen wollte, solche zu Concubinen zu haben erlaubte, und nur mit einer ingenua honesta im Concubinate zu leben verbot. Die Worte des Gesetzes hat Heineccius [3]) auf folgende Art restituirt.

Quas personas per hanc legem uxores habere non licet, eas concubinas habere ius esto. Ingenuam honestam in concubinatu habere ius ne esto.

So erklärt sich nun auch, wenn Marcian *Lib. XII. Institutionum*, woraus die *L.* 3. §. 1. *D. h. t.* genommen ist, sagt:

feminis, postremo in oblivionem venit. Man verbinde damit Ovidii *Fastor.* Lib. IV. v. 157—160. und vergleiche Horatius *Lib. I. Satyr. II. v.* 47. *sqq.* Daß diese Satyre noch vor der Lex Julia de adulteriis und de maritandis ordinibus geschrieben sey, hat Hoffmann ad Leg. Jul. de adulteriis. Cap. IV. §. 4. pag. 192. sq. näher gezeigt.

2) Velleius Paterculus Lib. II. cap. 1. Sallust. *Bell. Catilin.* cap. 13. Cicero *Orat. pro M. Coelio* Cap. 20. S. Cannegieter cit. Diss. Cap. IX.

3) Comm. ad Leg. Jul. et Pap. Poppaeam Lib. II. Cap. IV. §. 2. pag. 165.

Nam quia concubinatus *per leges nomen assumpsit*, extra legis poenam est: ut et MARCELLUS *libro septimo Digestorum* scripsit.

Hierauf bezieht sich ferner, wenn Clemens von Alexandrien [4]) sagt: *At nunc, quidquid est impudicum et libidinosum, diffusum est in civitatibus, et iam* PRO LEGE *habetur*; und kurz nachher: *Ταῦτα οἱ σοφοὶ τῶν νόμων ἐπιτρέπουσιν. Haec* SAPIENTES LEGES *permittunt.*

Von nun an nannte man die Concubine nie mehr *pellex.* Denn dieser Name ward nun für entehrend gehalten, weil er den verbotenen Umgang einer Frauensperson mit einem Ehemanne bezeichnete [5]), der Concubinat aber war jetzt, wenn gleich keine legitima, doch eine licita consuetudo [6]). Daher nannte man den Concubinat inaequale coniugium [7]), weil er der Concubine nicht des Mannes Würde, und nicht die Rechte einer uxor gab; die Concubine selbst aber eine *uxor gratuita* [8]), nicht sowohl in Beziehung auf die ehemalige conventio in manum per coëmtionem, wie Merillius [9]) meint, dem auch Heineccius [10]) beystimmt; sondern vielmehr, wie Haubold [11]) richtiger bemerkt, in Bezie-

4) *Paedagog. Lib. III. cap. 3.*

5) GELLIUS *Noct. Atticar.* Lib. IV. cap. 3.

6) *L. 5. Cod. ad SCtum Orfitian.* S. HEINECCIUS ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. Cap. 4. §. 169 et 171.

7) *L. 3. C. de natural. lib.*

8) S. GRUTERI Inscript. p. DCCCXXI. nr. 5.

9) Observation. Lib. II. cap. 15.

10) Cit. loc. pag. 167.

11) Ad HEINECCII Antiquitat. Rom. iurisprud. illustrant. Syntag. Append. Lib. I. Cap. 1. §. 38. Not. 9. pag. 260.

hung auf die dos, welche beym Concubinat nicht Statt fand. Ein Ehemann hingegen, so lang er in der Ehe lebte, konnte keine Concubine haben. Eine solche Verbindung wäre eine Pellicat gewesen. Daher sagt Paulus [12]): Eo tempore, quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest. Den Concubinat pflegten nun besonders die Wittwer, nachdem sie durch eine fruchtbare Ehe dem Gesetz ein Genüge geleistet hatten, einer zweyten Ehe vorzuziehen, um ihren Kindern keine Stiefmutter zuzuführen [13]). Die Kaiser selbst giengen hier mit ihrem Beyspiele voran [14]). Daher war, wie Massurius sagt, der Name *Concubina* honestius [15]), als der einer *amica*.

Es war jedoch der Concubinat nur mit einer Frauensperson, nicht mit mehreren zugleich, erlaubt; der Geschlechtsumgang mit mehreren Concubinen zugleich war eben so verhaßt und unerlaubt, als die Vielweiberey, wie bereits oben (S. 360.) bemerkt worden ist. Denn uxor und concubina waren ja blos, wie Paulus [16]) sagt, durch die animi destinatio oder den delectus von einander unterschieden. Solche Concubinen, sagt Justi-

12) *Receptar. Sentent.* Lib. II. Tit. 20. §. 1. S. Jordens Diss. I. de Legitimatione. Cap. III. §. 3. bey Fellenberg Tom. II. pag. 339. sq.

13) S. Heineccius ad Leg. Jul. et Pap. c. 1. pag. 171. und Antiquitat. Rom. Append. Lib. I. Cap. 1. §. 41.

14) Beyspiele vom K. Vespasian bey Sueton. *in Vespas.* cap. 3. nr. 4. vom Antoninus Pius bey Jul. Capitolinus *in Eius. vita.* Cap. 29. in fin.

15) *L.* 144. *D. de Verb. Signif.*

16) *L.* 4. *D. h. t.* und *Sent. Recept. Lib. II. Tit.* 20. §. 1. S. Jordens cit. Diss. I. Cap. III. §. 3. Not. b.

nian [17]), sind vielmehr mulieres fornicantes, welche von den Gesetzen ausgeschlossen seyn sollen, die er zu Gunsten der Concubinen, und der natürlichen Kinder gegeben hat [18]).

Man konnte auch nicht mit jeder Frauensperson einen Concubinat eingehen, sondern nur mit solchen, mit denen die Lex Julia de maritandis ordinibus den Senatoren, und deren Kindern, so wie den ingenuis die Ehe untersagte [19]). Da diese nun gerade solche waren, mit welchen nach der *Lex Julia de adulteriis* weder ein Ehebruch noch ein Stuprum begangen wurde; dieses Gesetz aber nur unter freien Personen Statt hatte, und zwar das adulterium mit eines Andern Ehefrau, das stuprum aber mit einer solchen Person, welche keine ancilla, und überhaupt eine achtbare virgo oder vidua war [20]); so folgerten die Römischen Juristen daraus, daß mit anderen Personen, in quas stuprum non committitur, der Concubinat bestehen könne, ohne in die Strafe der Lex Julia de adulteriis zu verfallen. So ist zu verstehen, wenn Ulpian *libro II. ad legem Juliam et Papiam* [21]) sagt:

17) *Nov. XVIII. cap.* 5.

18) *Nov. LXXXIX. Cap.* 12. §. 5.

19) *L.* 44. *L.* 47. *L.* 43. *D. de Ritu nupt.* S. Heineccius ad L. Jul. et P. Popp. Lib. II. cap. 1 et 2.

20) *L.* 6. *pr. et* §. 1. *L.* 34. *D. ad Leg. Juliam de adulter. L.* 101. *pr. D. de Verb. Signif.* S. *Jo. Guil.* Hoffmann ad Leg. Jul. de adulter. coërcend. Cap. IV. §. 2. sqq.

21) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

Cum Atilicino sentio, et puto, solas eas *in concubinatu* haberi posse, sine metu criminis, *in quas stuprum* [22]) *non committitur.*

So standen also beyde Gesetze, die Lex Julia et Papia und die Lex Julia de adulteriis coërcendis in genauer Verbindung. Es erscheint dieses noch deutlicher aus einer Stelle aus Marcians *libro XII. Institutionum* [23]), wo es heißt:

In concubinatu [24]) potest esse et aliena liberta, et ingenua, et maxime ea, quae obscuro loco nata est, vel quaestum corpore fecit: alioquin si honestae vitae, et ingenuam mulierem in concubinatu habere maluerit, sine testatione, hoc manifestum faciente, non conceditur: sed necesse est ei, vel uxorem eam habere, vel hoc recusantem, stuprum cum ea committere.

§. 1. Nec adulterium per concubinatum ab ipso committitur: nam quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra Legis poenam est: ut et Marcellus *libro septimo Digestorum* scripsit.

Unter den Personen, mit welchen der Concubinat zugelassen war, wird also hier genannt

1) eine liberta. Es wird zwar hier nur einer liberta aliena gedacht, allein deswegen war die liberta

22) Unter *stuprum* ist hier auch adulterium begriffen. *L.* 6. §. 1. *L.* 29. §. 1. *D. ad L. Jul. de adulter.*

23) *L.* 3. *D. h. t.*

24) Die florentinische Lesart: In *concubatu* ist wohl unstreitig unrichtig. Denn das Wort *concubatus* kommt, wie auch Brenkmann und Scheller bemerkt haben, nirgends vor.

propria nicht ausgeschlossen. Der Patron konnte allerdings seine eigene Freygelassene zur Concubine haben [25]. Marcian nennt nur deswegen die aliena liberta, weil eine Freygelassene, wenn sie die Concubine eines Andern geworden, der nicht ihr Patron war, dadurch aufhörte, als matrona zu gelten, und honestatem matrisfamilias verlor [26]. An einer solchen aliena liberta konnte also kein Stuprum begangen werden, welches nach der Lex Julia de adulteriis hätte bestraft werden können [27]. Denn es war ein allgemeiner Grundsatz, daß bey Personen, die keine Matronen sind, die Strafe der gedachten Lex Julia nicht Statt finde [28]. Die eigene liberta des Patrons hingegen, wenn sie der Patron zu seiner Concubine nahm, galt als matrona, als materfamilias, und konnte, wie eine Ehefrau, sogar des Adulteriums angeklagt werden [29]. Eine solche liberta konnte auch der Patron nicht zur Leistung der operarum anhalten, wozu sonst Freygelassene verpflichtet waren, nicht anders, als

25) *L. 3. C. Commun. de manumiss. L. 3. §. 1. D. de donation. inter Vir. et Ux.*

26) *L. 41. §. 1. D. de Ritu nupt. L. 13. D. ad Leg. Jul. de adult.*

27) S. Hoffmann ad Leg. Juliam de adulter. coërc. Cap. IV. §. 4. bey Fellenberg. Tom. I. pag. 192. sqq.

28) *L. 20. C. ad L. Jul. de adult.* Sueton. *in Tiberio.* Cap. 35. Das Wort matrona wird hier einer meretrix entgegengesetzt, und darunter eine jede freie Frauensperson verstanden, die keusch und züchtig lebt, sie sey verheyrathet oder ledig, eine freygebohrne oder freygelassene. *L. 46. §. 1. D. de Verb. Signif.* S. Hoffmann c. l. pag. 193. sqq.

29) *L. 13. pr. D. ad Leg. Jul. de adulter.*

wenn sie mit ihm wirklich verheyrathet wäre [30]). Sie durfte sich auch nicht wider seinen Willen von ihm trennen, und einen Andern heyrathen. Denn dieser Grundsatz galt, wenn sie die Ehefrau ihres Patrons war, er mußte also um so mehr bey seiner bloßen Concubine gelten, weil es ja, nach Ulpians Meinung [31]), dem Patron zu mehrerer Ehre gereichte, daß er seine liberta nur zur Concubine habe, als daß er sie eheliche. Uebrigens war der Fall bey den Römern sehr gewöhnlich, daß die Patronen ihre Freygelassenen zu ihren Concubinen machten, wie mehrere Beyspiele bey Plautus beweisen. So sagt in seinem *Epidicus* [32]) der Soldat von seiner Fidicina:

Ego illam hodie volo facere libertam meam,
Mihi concubina quae sit.

2) Eine *ingenua*, et maxime ea, *quae obscuro loco nata est.* Eine *ingenua honesta* konnte nach der Lex Julia et Papia nicht Concubine seyn. Lang nachher verbot nochmals Kaiser Aurelian, concubinas ingenuas zu haben [33]). Eine solche Verbindung ward für ein stuprum gehalten [34]). *Stuprum* vero in virginem viduamve committitur [35]). Sollte also der Concubinat

30) *L.* 46. *D. de Operis libertor.* (XXXVIII. 1.) *L.* 8. *Cod. eodem.* (VI. 3.) Eben dieses galt, wenn sie mit seiner Einwilligung einen Andern geheyrathet hatte. *L.* 48. *D. eodem. L.* 2. *C. de obsequiis patrono praest.* (VI. 6.) S. Heineccius ad L. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. Cap. 22. §. 2.

31) *L.* 1. *pr. D. h. t.* S. §. 1295. S. 362. f.

32) *Epidic. Act. III. Sc. IV. v.* 29 *et* 30.

33) Flav. Vopiscus *in Divo Aureliano.* Cap. 49.

34) *L* 34. *pr. D. ad Leg. Jul. de adulteriis.*

35) *L.* 6. §. 1. *D. eod.*

mit einer ingenua kein stuprum seyn, so mußte die ingenua eine solche Person seyn, mit welcher ein nicht ehelicher Umgang die Strafe des Stuprums nicht nach sich zog, d. h. wenn Ulpian [36]) sagt, in quam stuprum non committitur. Solche Umarmungen nennt Ovid [37]) eine Venerem tutam, concessaque furta, welche zu besingen ihm kein Verbrechen sey. Dahin gehört nun also

a) eine solche ingenua, *quae obscuro loco nata est.* Darunter wird hier eine solche Weibsperson verstanden, deren Vater oder Mutter artem ludicram, d. h. das bey den Römern verächtliche Metier eines Schauspielers oder Schauspielerin, oder eines arenarius, oder leno getrieben hat [38]). Mit solchen Weibspersonen, deren Eltern in dem Edict des Prätors für infam erklärt waren [39]), und welchen daher wegen der Schande ihrer Eltern selbst eine Makel anhing, war zwar nur den Senatoren und deren Descendenten die Ehe verboten [40]), nicht den ingenuis [41]). Der Concubinat mit ihnen war aber doch darum erlaubt, weil sie zu den personis humilibus gehörten, in quas stuprum non committebatur.

36) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

37) *Artis amator.* Lib. I. v. 31 — 34.

Este procul vittae tenues, insigne pudoris;
Quaeque tegis medios, instita longa, pedes.
Nos VENEREM TUTAM, CONCESSAQUE FURTA *canemus;*
Inque meo NULLUM *carmine* CRIMEN *erit.*

38) Von der *ars ludicra* hat HEINECCIUS ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 1. §. 7. pag. 121. sqq. ausführlich gehandelt. Man sehe auch Marezoll über die bürgerliche Ehre. 1. B. 4. Absch. I. §. 4. S. 179. f.

39) *L.* 1. *D. de his, qui notant. infam.*

40) *L.* 44. *D. de Ritu nuptiar.*

41) S. HEINECCIUS cit. loc. §. 14. pag. 134.

b) *Quae corpore quaestum fecit.* Mit einer solchen Person, quae palam quaestum corpore facit, vel fecerit, war die Ehe nach der Lex Julia et Papia Poppaea nicht nur den Senatoren und deren Kindern, sondern auch den ingenuis verboten [42]). Was das heißt: *palam quaestum corpore facere*, erklärt Ulpian sehr ausführlich in einer Stelle, die aus desselben *libro I. ad legem Juliam et Papiam* [43]) genommen ist. Es gehörten dahin nicht nur die öffentlichen von den Aedilen zu ihrem Gewerbe patentisirten Huren, denen ihr Platz im Lupanar angewiesen war [44]), und die diesen gleichgeachteten mulieres cauponariae, die in den Trinkhäusern den Zechern zum Gebrauche freystanden [45]); sondern auch die-

42) Ulpian *Fragm. Tit. XIII.* §. 1. L. 41. *D. de Rit. nupt.* Zwar sind die Huren in den Worten der *Lex Julia*, so wie sie vom Ulpian *L.* 44. *D. de Rit. nupt.* angeführt werden, bey dem Eheverbote der Senatoren ausdrücklich nicht erwähnt; allein §. 8. wird gesagt: Eas, quas ingenui ceteri prohibentur ducere uxores, Senatores non ducent. S. Heineccius ad Leg. Jul. Lib. II. cap. 1. §. 11. pag. 130.

43) *L.* 43. *pr. et* §. 1. — 5. *D. de Ritu nupt.*

44) Tacitus *Annal.* Lib. II. cap. 85. S. Lipsii Excurs. ad. h. L. in *edit.* Ernesti. Tom. II. pag. 606 und *Jo. Lud.* Langguth Diss. de muliere quaestuaria, praes. *And. Flor.* Rivino def. *Lipsiae* 1733.

45) Paulus *Recept. Sentent.* Lib. II. Tit. 26. §. 11. und *L.* 29. *C. ad Leg. Jul. de adult.* Man sehe *Jac.* Gothofredi Commentar. ad L. 1. Cod. Theod. ad Leg. Jul. de adult. Tom. III. Lib. IX. Tit. 7. pag. 60. sqq. edit. *Ritter.* und Hoffmann ad Leg. Jul. de adulter. coërcend. Cap. IV. §. 5. bey Fellenberg Tom. I. pag. 195.

jenigen Weibspersonen, die sich außerdem Jedem ohne Auswahl für einen Lohn oder auch ohne Lohn Preis gaben [46]. In dem Edict des Prätors de his, qui notantur infamia, geschieht derselben keine ausdrückliche Erwähnung. Wahrscheinlich schreibt sich daher die bürgerliche Zurücksetzung der Huren erst aus der Lex Julia et Papia Poppaea her [47]. Denn alle die dieselben betreffenden Stellen beziehen sich auf das den Huren durch die Lex Julia entzogene connubium [48].

Wenn Marcian in unserer Stelle sagt: ingenua et *maxime* ea, quae obscuro loco nata est, vel quaestum corpore fecit; so erklärt Brisson [49] das Wort *maxime* durch utique, dumtaxat, oder demum, also nur solche Personen allein, deren hier namentlich gedacht wird, hätten zu Concubinen genommen werden dürfen. Allein das Wort *maxime* wird hier in seiner eigentlichen Bedeutung für praecipue genommen, und heißt soviel als meist, fürnehmlich, wie auch Franz Ramos Del Manzano [50] erinnert hat. Denn es gab ja noch andere famosae mulieres, welche nach der Lex Julia de maritandis ordinibus nicht einmal mit Freygebohrnen das connubium hatten, und welche daher Concubinen seyn konnten. Es werden nämlich erwähnt,

46) *L.* 43. §. 3. *D. de Rit. nupt.*

47) S. Marezoll über die bürgerliche Ehre. S. 181. f.

48) Ulpian *Fragm. Tit. XIII.* §. 1. *L.* 41. *L.* 43. §. 4. *D. de Ritu nupt.*

49) De Verbor. iur. Significat. voc. *Maxime* nr. 2.

50) Comm. ad Leg. Jul. et Papiam. Lib. IV. Reliquat. 2. nr. 5. (in *Thes. Meerm.* Tom. V. pag. 442.)

c) die *lena*, d. h. eine solche Weibsperson, welche Bordelwirthschaft getrieben hat [51]. Eine solche Person wird namentlich in dem Edict des Prätors für infam erklärt [52]. *Lenae* wurden jedoch auch diejenigen Weibspersonen genennt, welche Gastwirthschaft trieben, und zur Bewirthung der Gäste Huren in ihrem Dienst hatten [53]. Solche Weibspersonen wurden, wie die Huren, mulieres quaestuariae genennt. Daher sagt Ulpian [54]: Lenocinium facere *non minus est*, quam corpore quaestum exercere.

d) *In adulterio deprehensa.* Schon das bloße Ertapptwerden hatte beym Adulterium dieselbe Infamie zur Folge, wie die Verurtheilung. Ulpian [55] sagt:

Quae *in adulterio deprehensa* est, *quasi publico iudicio damnata est.*

War sie wegen des Adulteriums wirklich verurtheilt worden, so galt sie nun in doppelter Rücksicht als infam, wie Ulpian gleich darauf bemerkt:

proinde si adulterii condemnata esse proponatur, non tantum, quia deprehensa est, erit notata, sed quia et publico iudicio damnata est. Quod si non sit deprehensa, damnata autem, idcirco notetur, quia publico iudicio damnata

51) *L. 4. §. 2. D. de his, qui notant. infam. L. 43. §. 7. D. de Rit. Nupt.*

52) *L. 1. D. de his, qui not. infam.*

53) *L. 43. §. 9. D. de Rit. nupt. L. 4. §. 2. D. de his, qui not. inf.*

54) *L. 43. §. 6. D. de Ritu nupt.*

55) *L. 43. §. 12. D. eodem.*

est: at si deprehensa quidem sit, damnata autem non sit, notata erit.

Ja Ulpian geht noch weiter, selbst wenn sie späterhin wäre in iudicio publico freygesprochen worden, sagt er, schade ihr doch noch immer die ihr vom Gesetz angeheftete Infamie, so daß sie dennoch zu den nach der Lex Julia et Papia für famös erklärten Frauenspersonen gehörte, mit welcher auch selbst kein ingenuus eine Ehe eingehen durfte, ohne sich eines Adulteriums schuldig zu machen [56]. Ulpian sagt:

Ego puto, etsi absoluta sit post deprehensionem, *adhuc tamen notam illi obesse debere*: quia verum est, *eam in adulterio deprehensam*: quia factum lex, non sententiam notaverit.

Da hier blos von einer Nichtgestattung des connubium mit solchen famosis mulieribus in Rücksicht der Senatoren und der ingenuorum die Rede ist; so kommt hier nichts darauf an, wo, oder von wem die Weibsperson ertappt worden ist, während diese Umstände bey der Lex Julia de adulteriis sehr wichtig sind. Ulpian [57] fügt daher noch hinzu:

Non adiicitur hic, ut in *lege Julia de adulteriis*, a quo, vel ubi deprehensa sit *): proinde sive maritus, sive quis alius deprehendisse proponatur, videtur notata: sed et si non in domo mariti, vel patris sui deprehensa sit, erit notata *secundum verba legis*.

56) *L.* 37. §. 1. *in fin. D. de minorib. XXV. ann. L.* 29. §. 1. *D. et L.* 9. *C. ad Leg. Jul. de adult.*

57) *L.* 43. §. 13. *D. eodem.*

*) So ist, statt deprehensam, mit Haloander und den meisten Ausgaben, richtiger zu lesen. Diese Lesart billigt auch Brenkmann.

Er spricht hier von der Lex Julia et Papia Poppaea, welche er hier erklärt. Denn diese ganze Stelle ist aus desselben *libro I. ad Legem Juliam et Papiam* genommen [58]. Konnte nun gleich ein ingenuus, der auch kein Senator war, eine solche Weibsperson nicht heyrathen, so war doch der Concubinat mit derselben nicht verboten. Ulpian [59] leitet dieses durch eine richtige Schlußfolge aus dem Grundsatz her, daß an Personen, mit welchen die Lex Papia den ingenuis die Ehe verbietet, kein Stuprum begangen werde [60]. Er sagt daher *Lib. II. ad Legem Juliam et Papiam* [61]:

Qui autem *damnatam adulterii* in concubinatu habuit, non puto *lege Julia de adulteriis* teneri: quamvis, si uxorem eam duxisset, teneretur.

e) *Judicio publico damnata* [62]. Sollte jedoch mit einer solchen Frauensperson, welche iudicio publico verurtheilt worden, einem ingenuus die Ehe nach der Lex Julia et Papia verboten seyn; so mußte die Verurtheilung nach einer lex iudiciorum publicorum geschehen seyn. Denn nur ein solches iudicium hieß im eigentlichen Sinn *publicum* [63]. Daher sagt Ulpian:

58) S. Heineccius ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. I. §. 13. pag. 133. und Marezoll über die bürgerliche Ehre. S. 157. f.

59) *L.* 1. §. 1. *et* 2. *D. h. t.*

60) S. Hoffmann ad L. Jul. de adulteriis. Cap. IV. §. 5. pag. 196.

61) *L.* 1. §. 2. *D. h. t.*

62) Ulpian *Fragm. XIII.* §. 2. *L.* 43. §. 10. *D. de Ritu nupt.*

63) *L.* 1. *D. de publicis iudiciis.*

Senatus censuit, non conveniens esse ulli Senatori, uxorem ducere aut retinere, *damnatam publico iudicio:* quo iudicio cuilibet ex populo experiri licet, nisi si cui lege aliqua accusandi publico iudicio non est potestas.

War eine Frauensperson extra ordinem, d. h. hier ohne eine zum Grunde liegende lex iudiciorum publicorum, und nicht poena legitima bestraft worden; so konnte sie sich zwar eine laesio existimationis, eine nota sich zuziehen, allein die bloße Verurtheilung an sich machte sie nicht infam [64]. Denn sie ward hier nicht als eine publico iudicio damnata betrachtet, weil man hier nicht sagen konnte, eam populus damnavit. Ulpian [65]) sagt:

Si qua *calumniae iudicio* damnata sit ex causa publici iudicii, et quae *praevaricationis* damnata est, *publico iudicio damnata esse non videtur.*

Mit einer solchen damnata war daher auch den ingenuis das connubium nicht schlechterdings untersagt. An einer solchen Person konnte auch, wie Hoffmann [66]) nicht ohne Grund behauptet, ein Stuprum nicht ungestraft begangen werden. Nach einer ausgedehnten Erklärung der Lex Julia et Papia Poppaea wurden jedoch in der Folge auch diejenigen, welche vom Senate verurtheilt

64) *L.* 7. *D. de publicis iudiciis.* S. Marezoll S. 131. f.

65) *L.* 43. §. 11. *D. de Rit. nupt.* Hiermit steht die *L.* 212. *D. de Verb. Signif.* in Verbindung, welche aus Ulpiani *libr. I. ad Leg. Jul. de adult.* genommen ist. S. Hoffmann c. l.

66) Ad Leg. Jul. de adulter. Cap. IV. §. 5. pag. 196.

worden [67]), wie Maurician [68]) bemerkt, den iudicio publico damnatis gleichgestellt [69]).

Solche geringe Personen, mit denen die Lex Papia den Senatoren und anderen ingenuis die Ehe untersagte, und zu denen noch in den späteren Verordnungen der christlichen Kaiser [70]) mehrere gezählt werden, konnten also nur zu Concubinen genommen werden, so weit es geschehen konnte, ohne sich nach der damit in Verbindung stehenden Lex Julia de adulteriis coercendis eines Adulteriums oder Stuprums schuldig zu machen. So ist Marcian [71]) unstreitig zu verstehen, wenn er sagt:

Nec adulterium per concubinatum ab ipso committitur: nam quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis poenam est: ut et Marcellus *libro septimo Digestorum* scripsit.

Wo also ein nach der Lex Julia et Papia Poppaea zuläßiger Concubinat eingegangen ist, da finden

67) Denn seit Tiberius hat der Senat häufig Criminaluntersuchungen an sich gezogen, wie aus Tacitus *Annal.* Lib. II. Cap. 85. et Lib. III. cap. 10. erhellet.

68) Der Röm. Jurist Junius Mauricianus hat einen Commentar von 6 Büchern über die Lex Julia et Pap. Poppaea geschrieben. S. Heineccius cit. Comment. Lib. I. Cap. 1. §. 4. pag. 15.

69) Ulpian. *Fragm. Tit. XIII.* §. 2. sagt: Ceteri autem ingenui prohibentur ducere lenam, a lenone lenave manumissam, et in adulterio deprehensam, et in iudicio publico damnatam, et quae artem ludicram fecerit. Adiicit Mauricianus, *et a Senatu damnatam.*

70) *L. 7. Cod. de incest. nupt.* (V. 5.) *L. 1. C. de. natur. lib.* (V. 27.) *L. 29. C. ad Leg. Jul. de adult.* (IX. 9.)

71) *L. 3. §. 1. D. h. t.*

die auf das adulterium, worunter denn hier auch das stuprum begriffen ist [72]), gesetzten Strafen der Lex Julia de adulteriis keine Anwendung [73]).

Noch führt Marcian [74]) einen Fall an, wo auch sogar eine mulier ingenua honestae vitae im Concubinate seyn konnte, nämlich wenn man ausdrücklich vor Zeugen erklärt, und bekannt gemacht hatte, daß man sie als Concubine habe. Ich habe von diesem Falle schon oben [75]) ausführlich gehandelt. Der Grund war, weil eine solche ingenua, welche sich freywillig vor Zeugen zur Concubine annehmen ließ, eben dadurch für eine inhonesta, ja einer solchen nicht unähnlich gehalten wurde, welche sich als Hure angegeben, und nach altem Gebrauche zu diesem Metier vom Aedilis ein Patent erhalten hatte [76]).

72) *L.* 29. §. 1. *D. ad Leg. Jul. de adulter.* Quod ait Lex, *adulterii damnatam*, si quis duxerit uxorem, ea lege teneri: *an et ad stuprum referatur*, videamus, *quod magis est.* Man vergleiche noch die *L.* 6. §. 1. *D. ad Leg. Jul. de adult. coërc.* und *L.* 101. *D. de Verb. Signif.* S. Winckler Diss. de genuina concubinatus ex mente Legg. Roman. conceptu. §. 29.

73) S. Ramos Del Manzano Commentar ad Leges Juliam et Papiam. Lib. IV. Reliquat. II. nr. 11. (Tom. V. *Thes. Meerm.* pag. 443.) Winckler cit. Diss. §. 28. et 30. und Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts. 1. Th. 2. Abth. §. 133. S. 488. Not. 20 a).

74) *L.* 3. §. 1. *D. h. t.*

75) S. §. 1295. S. 376. Not. 39.

76) S. Del Manzano cit. loc. nr. 10. Einige behaupten sogar, die testatio habe bey den Aedilen geschehen müssen, wie *Franc.* Connanus Commentarior. iuris civ. Lib. VIII. cap. 13. Andere vor sieben Zeugen, nach dem Beyspiel eines feyerlichen Divortiums, wie

Denn so wie bey dieser die Strafe der Lex Julia de adulteriis wegfiel, quia Veteres satis poenarum adversus impudicas *in ipsa professione flagitii* credebant, wie Tacitus [77]) sagt; so entgieng nun auch eine solche ingenua der Strafe des Stuprums.

Von diesem Falle erklärt man auch gewöhnlich eine Stelle aus des Paulus *libro XIV. Responsorum*, welche in der daraus genommenen *L. 35. D. de auro et argento legato* also lautet:

Titiae, amicae meae, cum qua sine mendacio vixi, auri pondo quinque dari volo: quaero, an heredes ad praestationem integrae materiae auri, an ad pretium, et quantum praestandum compellendi sint? Paulus respondit, aut aurum ei, de qua quaeritur, praestari oportere, aut pretium auri, quanti comparari potest.

Unter *amica* verstehen hier fast alle Ausleger die Concubine des Erblassers, und die Worte: *cum qua sine mendacio vixi*, erklären sie so: quam ego concubinam duxi, et habui, non falsa spe aut mendaci matrimonii praetextu, sed *sub testatione concubinatus*, ac proinde licite, et sine stupri crimine,

Henr. Brouwer de iure connubior. Lib. I. Cap. 27. nr. 25. Allein die richtigere Meinung ist wohl, daß eine Erklärung vor zwey Zeugen genügt habe. Denn *testatio* heißt nichts anders, als testium adhibitio, es mag eine Urkunde errichtet worden seyn, die die Zeugen unterschrieben haben, oder nicht. Man sehe *Ge.* Jordens de Legitimatione. Diss. I. Cap. III. §. 8. (in Fellenberg *Jurisprud. Antiqua.* Tom. II. pag. 346.)

77) *Annal. Lib. II. cap.* 85.

quamvis ingenuam [78]. Der Testator habe ihr also auch, wie Paulus hier sage, ein Vermächtniß gültig hinterlassen können [79], und zwar habe hier der Erbe die Wahl, ob er der Titia die ihr vermachten 5 Pfund Gold in Natur, oder im Geldeswerthe geben wolle. Für diese Erklärung scheint auch die Stelle des Paulus [80]) zu sprechen, wo aus Massurius Sabinus bemerkt wird, daß nun, nachdem der Concubinat gesetzlich anerkannt worden, eine Concubine mit ihrem rechten Namen *amica* genennet werde. Allein das Wort *amica* wird deswegen doch nicht überall in dieser Bedeutung genommen. Es kommt auch sehr häufig, besonders auf den römischen Sepulchral-Inscriptionen, in seiner eigentlichen Bedeutung für Freundin genommen, vor, und bezeichnet also diejenige, quae amicitia iuncta fuit defuncto; ja es kommt sogar mit dem Beywort, optima, oder carissima, selbst neben der coniux vor; zum Beweise, daß von keiner Concubine

78) Ramos Del Manzano c. l. nr. 9. pag. 443. *Greg.* Maiansius ad triginta ICtor. omnia fragmenta, in Granio Flacco §. 8. pag. 137. *Jac.* Cujacius Commentar. in Lib. XIV. Responsor. Julii Pauli. ad L. 35. cit. (*Oper. postumor.* a Fabroto editor. Tom. III. pag. 83.) *Jos. Fern. de* Retes Opusculor. Lib. VIII. cap. 22. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 406.) Gonzalez Tellez Commentar. in Decretal. Greg. IX. ad cap. 6. de cohabitat. clericor. et mulier. (Tom. III. pag. 71.) Heineccius Comment. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. Cap. 4. §. 3. pag. 167. Ernst Christ. Westphal System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 535. u. a. m.

79) *L.* 16. §. 1. *D. his, quae ut indignis. L.* 29. *princ. L.* 41. §. 5. *L.* 49. §. 1. *D. de legat.* 3.

80) *L.* 144. *D. de Verb. Signif.*

die Rede seyn könne. Hermann Cannegieter [81]) führt mehrere solche Lapidal-Inscriptionen aus Reinesius, Malvasia, Fabrettus, Gruterus, Muratori und Donius an. Warum sollten wir das Wort *amica* nicht auch in der *L. 35. cit.* in seiner eigentlichen Bedeutung pro ea, quae amicitia iuncta fuit testatori, nehmen? Der Testator vermachte hier der Titia, seiner Freundin, 5 Pf. Gold, mit welcher er, ohne Verstellung, einen aufrichtigen und unbescholtenen Umgang bey seinem Leben gehabt hat. So erklären diese Stelle auch Heinrich Cannegieter [82]) und Haubold [83]), und gewiß richtiger, als Gerhard Noodt [84]), welcher unter der amica die Ehefrau des Testators versteht, dessen Erklärung Anton Schulting [85]) mit Recht verwirft. Daß der Umgang des Erblassers mit der Titia untadelhaft, und in keinem Betracht unerlaubt gewesen seyn müsse, erhellet daraus, weil über die Gültigkeit des Vermächtnisses selbst kein Zweifel war. Wenn jedoch Pothier [86]), welcher übrigens die amica des Testirers auch für seine Concubine hält, die Worte *sine mendacio*, durch sine que-

81) Diss. ad Legem Numae Pompilii de ara Junonis pellici non tangenda. Cap. IV. not. a. (bey Fellenberg *in Jurispr. Antiqua.* Tom. I. pag. 358. sqq.)

82) Rescripta Boxhornio. Cap. 22. (adj. *Dion.* Catonis *Distichis de moribus* pag. 457. *Amst.* 1754. 8.)

83) Ad Heineccii Antiquitat. Roman. Synt. Append. Lib. I. Cap. I. §. 38. Not. 10. pag. 260.

84) Commentar. ad Dig. Lib. XXIII. Tit. 2. de Ritu nuptiar. §. *Nunc rem* (*Opp.* Tom. II. pag. 486.)

85) Notae ad Dig. s. Pand. Tom. V. ad L. cit. 35. pag. 443.

86) Pand. Justin. Tom. II. Lib. XXXIV. Tit. 2. Nr. XV. Not. p. pag. 418.

rela erklärt, so verdient diese Erklärung eben so wenig Beyfall [87]), als wenn Jensen [88]) jene Worte für eine fehlerhafte Uebersetzung aus dem Griechischen halten will, weil *sine mendacio vivere* vielmehr durch aperto, simplici, ac candido utrimque animo agere, hätte übersetzt werden sollen. Wer kennt nicht die längst widerlegte Grille dieses Mannes, welcher sich eingebildet hat, wir hätten Justinians Pandecten nicht mehr in ihrer lateinischen Ursprache?

§. 1297.

Heutiges Verbot des Concubinats.

So unverkennbar auch die Abneigung der römisch christlichen Kaiser gegen den Concubinat aus den Verordnungen derselben, die sie wegen der natürlichen Kinder und deren Legitimation gegeben haben, hervorblickt, indem die dem Vater bald ganz entzogene, bald sehr beschränkte Freyheit, den natürlichen Kindern ihr Vermögen durch Testament oder Schenkung zuzuwenden, so wie die beschränkte Wirkung der Legitimation offenbar keinen andern Zweck, als indirecte Abschaffung des Concubinats, und Verwandlung desselben in eine rechtmässige Ehe hatte, auch die mit der Ehe der Concubine verknüpfte Belohnung, nämlich die Erwerbung der väterlichen Gewalt, diese Absicht noch mehr befördern sollte [89]); so lebhaft wurden sie doch

87) S. Schellers latein. Lexicon voc. *mendacium*.

88) Stricturae ad Rom. iuris Pandect. ad L. 35. D. de auro, argento etc. pag. 292.

89) S. Boehmeri ius eccles. Protestant. Tom. II. Lib. III. Tit. 2. §. 12. und *Andr. Wittert. a* Bloemendaal Diss. de religionis christianae vi ad emendationem iuris civ.

durch die Erfahrung belehrt, daß alle diese Anstalten nicht vermochten, ein Uebel auszurotten, welches zu tiefe Wurzeln geschlagen hatte. Man ward daher in der Folge gegen den Concubinat gleichgültiger und nachsichtiger, zumal da der Unterschied zwischen Ehe und Concubinat, der äussern Form nach, abgesehen von den Wirkungen einer solchen Verbindung, so gering war, daß Beydes oft schwer von einander unterschieden werden konnte [90]). Daher mißbilligte auch selbst die Kirche den Concubinat nicht. Das erste Concilium zu Toledo, welches im Jahre 400. gehalten wurde, und keine Provinzial- sondern eine National-Kirchenversammlung für ganz Spanien war [91]), giebt uns hiervon ein treffendes Beyspiel. In dem *Can. XVII.* dieses Conciliums heißt es nämlich [92]).

„Si quis habens uxorem fidelem, et concubinam habeat, non communicet. Ceterum is, qui non habet uxorem, *et pro uxore concubinam habet*, a communione non repellatur, *tantum ut unius mulieris, aut uxoris, aut* CONCUBINAE, *ut ei placuerit, sit coniunctione contentus.*“

Lugd. Batavor. 1775. Man vergl. auch noch den 2. Th. dieses Commentars. §. 140. S. 281. ff.

90) S. *Franc.* Balduini Constantinus M. Lib. II. §. *Illud nescio.* pag. 187. sq. (*Argentor.* 1612. 8.) und *Corn. Wilh. de* Rhoer Dissertationes de effectu religionis christian. in Jurisprud. Rom. Fasc. I. Diss. IV. §. 19. pag. 133.

91) S. *Jo.* Cabassutii Notitia ecclesiast. Saec. V. pag. 194. sq. und *Car. Sebast.* Berardus ad Gratiani canones. Tom. I. cap. 17.

92) *Can. 4. Dist XXXIV.* den Text hat Berardus cit. loc. pag. 181. aus den besten Codicibus vollständig dargestellt.

Mehrere Kirchenväter des vierten und fünften Jahrhunderts erklärten sich zwar gegen den Concubinat, und hielten ihn für schriftwidrig, unter denen hier besonders Hieronymus, Ambrosius, Leo der Große, und Augustinus zu nennen sind, aus deren Schriften wir die hierher gehörigen Stellen in Gratians Decrete[93]) finden; allein noch war von der höchsten Staatsgewalt kein Verbot ausgegangen[94]). Es waren daher damals nur noch Privatmeinungen jener Kirchenväter, die auch noch nicht von der Kirche allgemein angenommen waren[95]). Vielmehr hatte Kaiser Justinian den Concubinat nicht nur für eine erlaubte Verbindung erklärt, sondern auch das Erbrecht der natürlichen Kinder eben so, wie die Legitimation derselben erweitert, wie schon an andern Orten be-

93) *Can.* 2. *Caus.* XXXII. *Qu.* 2. (Hieronymus *ad cap.* 5. *Epist. ad Ephesios.*) *Can.* 4. *C.* XXXII. *Qu.* 4. (Ambrosius *in libro de Patriarchis* Lib. I. *de Abrahamo.* c. 4.) *Can.* 9. *Caus.* XXXII. *Qu.* 4. (Ambrosius *in Sermone de S. Joanne.*) *Can.* 11 *et* 12. *Caus.* XXXII. *Qu.* 2. (Leo *Papa ad Rusticum Narbon. Episcop. Ep.* XC. *c.* 4. 5. *et* 6.) *Can.* 6. *Dist.* XXXIV. (Augustinus *lib.* V. *Homil.* 49.) Can. 5. *C.* XXXII. *Qu.* 2. (Augustinus *lib. de bono coniugali cap.* 14.) et *Can.* 6. *ibid.* (Augustin. *eod. lib. cap.* 5.) Man sehe *Jos.* Bingham Origines seu Antiquit. eccles. Vol. IV. Lib. XI. Cap. 5. §. 11. und Thomasius Diss. cit. de Concubinatu. §. 18 — 22.

94) Das Edict des Königs Athalarich bey Cassiodorus *Variar. Epistolar. Lib. IX. Ep.* 18. verbot nur den Concubinat neben der Ehe. Dieß hatte auch schon Kr. Constantin der Große verboten. *L. un. C. de Concubinis.*

95) Thomasius cit. Diss. §. 22.

merkt worden ist [96]). Er verbot nur mehrere Concubinen zugleich zu haben [97]). Es entspricht daher den Rechten und Sitten des damaligen Zeitalters vollkommen, wenn Isidor, Bischof von Sevilla, welcher in der ersten Hälfte des siebenten Jahrhunderts lebte, bey Gratian [98]) sagt:

96) S. *Paganini* Gaudentii liber de Justinianei Seculi moribus. (*Argent.* 1654. 8.) P. I. cap. 21.

97) *Nov.* XVIII. *cap*, 5. et *Nov.* LXXXIX. *cap.* 12.

98) *Can.* 5. *Dist.* XXXIV. Man sehe jedoch Berardus ad Gratiani canones. Tom. II. Part. III. Cap. 27. ad h. can. 5. pag. 388. edit. *Venet.* Gonzalez Tellez in Commentar. ad Decretales Gregorii IX. ad cap. 5. X. de cohabitat. Clericor. et mulierum. Tom. III. pag. 74. will zwar behaupten, daß gleich a primis Ecclesiae Seculis der Concubinat nicht nur den Geistlichen sondern auch den Laien durch mehrere sowohl allgemeine als besondere Concilien sey verboten worden, und beruft sich deshalb auf seinen Commentar über das Concilium Eliberitanum. Allein das Concil. Eliberitanum enthält theils davon nichts, theils ist es auch an sich nicht ächt, wie Berardus ad Gratiani canones. Tom. I. Cap. 2. aus mehreren Gründen ganz überzeugend dargethan hat. Da ich übrigens den Commentar des Gonzalez Tellez über das Concil. Eliberitanum nicht besitze, so kann ich auch nicht beurtheilen, welche allgemeine und besondere Concilien er gemeint hat. In den Apostolischen Canonen can. 16. heißt es zwar: *Si quis post baptisma secundis fuerit nuptiis copulatus, aut concubinam habuerit, non potest esse Episcopus, non Presbyter, aut Diaconus, aut prorsus ex numero eorum, qui ministerio sacro deserviunt.* Er findet sich in Gratians Decret *can.* 1. *Dist.* XXXIII. Allein dieser Canon enthält kein allgemeines Kirchenverbot des Concubinats. S. Thomasius §. 22. Not. d.

Christiano non dicam plurimas, sed *nec duas simul* habere licitum est, *nisi* UNAM *tantum*, aut uxorem, aut certe *loco uxoris*, (si coniux deest) *concubinam*.

Fast dreyhundert Jahre nach Justinian's Tode soll es Kaiser Leo, mit dem Beynamen der Weise, gewesen seyn, welcher den Concubinat zuerst verboten habe. So lehren fast alle, ältere und neuere Rechtsgelehrten [99]. Allein die Rechtsgeschichte lehrt uns, daß schon sein Vater, der Kaiser Basilius Macedo, ihm mit einer ähnlichen Constitution vorangegangen sey, welche wir bey Leunclavius [100]) unter der Ueberschrift: *περὶ τοῦ μὴ ἐξεῖναι παλλακὴν ἔχειν* finden, und folgendermassen lautet:

99) *Rad* FORNERIUS Rerum quotidian. Lib. I. cap. 22. (in *Thes. iur. Rom. Otton.*) Tom. II. pag. 150. sq.) THOMASIUS cit. Diss. § 23. HEINECCIUS Antiquitat. Rom. Synt. Append. Lib. I. Cap. 1. §. 43. BOEHMER Jur. Eccl. Protest. l. c. §. 15. JORDENS Diss. I. de legitimatione. Cap. III. §. 11. Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts 1. B. 2. Abth. §. 134. a. E. S. 495. u. a. m.

100) Jur. Graeco-Rom. Tom. I. pag. 87. Sie findet sich auch, jedoch ohne Anführung des Namens in des HARMENOPULI *Manuale Legum*. Lib. IV. Tit. 7. §. 34. nach der Ausgabe des REITZ. in *Thes. Meerman.* Tom. Supplem. pag. 248. *Christ. God.* HOFFMANN in Histor. iuris Rom. Justinian. Vol. I. Lib. III. Cap. 2. §. 10. und *Jo. Aug.* BACH in Histor. iurisprud. Rom. Lib. IV. Cap. II. Sect. II. §. 2. haben diese Constitution unter denen des BASILIUS MACEDO angeführt. Man sehe hier noch vorzüglich *Car. Frid.* ZEPERNICK Praetermissa de vita, rebus gestis, et constitutionibus, in primis Novellis Leonis Sapientis. Sect. I. §. 2. (adj. BECKII libro sing. de Novellis Leonis. pag. 216. sqq.)

Quoniam apud priscos liberum invenimus cum concubina consortium, quicunque tandem consuetudinem habere cum ea vellet, visum est nobis, hanc quoque legem silentio minime praetereundam, ne per indecoras nuptias respublica nostra contaminetur. Quare praecipimus, ut ex hoc die nemini liceat in domo sua concubinam habere. Id enim parum vel nihil a scortatione differre putamus. Sed si vitae societatem habere cum ipsa volet, matrimonium cum ea contrahat, secundum iuris subtilitatem. Quod si eam mulierem indignam se iudicaverit, nihil cum ea commercii per coitum habeat: sed hac reiecta, quam convenire sibi iudicarit, ducat. Sin continenter vivere malit, sane rem nobis optatam faciet.

Daher bemerkt Balsamon in seinem Commentar über des Patriarchen Photius Nomocanon [1]), der Tit. VII. libri XXV. Dig. sey nicht in die Basiliken aufgenommen.

Der Kaiser Leo begnügte sich jedoch mit dem Gesetz seines Vaters nicht, sondern verbot den Concubinat aufs

1) Tit. XIII. Cap. 5. ad Textum: *Dicit. vero.* (in Justelli et Voelli *Biblioth. iuris Canon. vet.* Tom. II. pag. 1108.) ὁ ξ'. τιτλ. τοῦ κε'. βιβλίου τῶν διατάξεων, οὐκ ἐτέθη εἰς τὰ βασιλικά. Gleichwohl findet sich auch in den *Basilicis* weder die Verordnung des Basilius noch des Leo. Dahingegen sind allerdings Hauptstellen aus dem Titel der Pandecten *de Concubinis* nämlich *L.* 1. §. 2. *et* 3. *L.* 3. *pr. et* §. 1. in den Basiliken nach der Fabrotischen Ausgabe nämlich Tom. VII. Lib. LX. Tit. 37. befindlich, welche die Zulässigkeit des Concubinats voraussetzen.

neue, als eine dem göttlichen Rechte und den Lehren des Christenthums zuwiderlaufende Verbindung. Es ist in seiner Novellen-Sammlung die Novelle *XCI.* welche nach der lateinischen Uebersetzung des Agyläus so lautet:

Imp. Leo *Styliano* Magistro Officior.

Neque minus ea lex, quae probrose cum concubinis immisceri non erubescentibus id permittendum iudicavit, honestatem susque deque habuit. Ne ergo hoc legislatoris erratum dedecore nostram rempublicam afficere sinamus: itaque lex illa in aeternum sileto. Ab illa enim non modo religionis, verum etiam naturae iniuria secundum divina Christianisque convenientia praecepta prohibemur. Et quidem si, cum fontem habeas, sobrie inde haurire divino praecepto moneare; qua ratione cum puras aquas haurire liceat, lutum tu mavis? Tum tametsi fontem non habeas, rebus tamen vetitis uti non potes. Caeterum vitae consortem invenire difficile non est.

Daß die Gründe, welche hier Leo zur Rechtfertigung seiner Constitution gebraucht hat, sehr seicht, und nichts weniger als überzeugend sind, hat schon Thomasius [2]) bewiesen. Warum aber Leo sich veranlaßt gefunden habe, den Concubinat nochmals zu verbieten, den doch sein Vater schon verboten hatte, scheint, wie Böhmer [3]) behauptet, seinen Grund darin zu haben, weil eben dieser Kaiser in einer früheren Constitution [4]) zur gültigen Schließung einer Ehe die priesterliche Einsegnung vorgeschrieben

2) Cit. Diss. §. 17. Not. e.

3) Jur. eccl. Protest. c. l. pag. 166.

4) *Nov.* Leonis *LXXXIX.*

hatte. Es scheint indessen darin kein nothwendiger Grund zu liegen, den Concubinat zu verbieten, da Ehe und Concubinat von einander ganz verschieden sind [5]). Hierzu kommt, daß der Kaiser Leo nicht einmal die priesterliche Einsegnung zuerst eingeführt, sondern nur den vernachlässigten Gebrauch derselben wieder hergestellt hat, indem sie schon unter Basilius Macedo zur Schließung der Ehe vorgeschrieben war, wie ich an einem andern Orte [6]) gezeigt habe. Soviel erhellet aber aus der Novelle des Kaisers Leo deutlich, daß er allen Concubinat habe aufheben wollen. Es ist daher wohl ein offenbarer Mißverstand, wenn Leyser [7]) behauptet, Leo habe nur den Concubinat, welcher auf eine beliebige Zeit, (concubinatus *temporarius* et *dividuus*) nicht aber den verbieten wollen, welcher von einer ledigen Mannsperson mit einer ledigen Frauensperson, einer ehelichen Verbindung gleich, auf die ganze Lebenszeit eingegangen wird, (concubinatus *perpetuus* et *individuus*). Daß dieser Unterschied durchaus keinen Grund habe, hat Koch [8]) schon längst ausführlich dargethan. Jedoch hat er den Hauptgrund Leysers unberührt gelassen. Daß Leo nur den temporären, nicht den lebenslänglichen Concubinat habe verbieten wollen, glaubt Leyser aus den letzten Worten der Constitution: *Caeterum vitae consortem invenire difficile non est*, folgern zu können. Allein mit welchem Rechte? wird jeder von selbst beurtheilen können, der sich

5) Man sehe hier Zepernick citt. Praetermissa. pag. 217.

6) S. den 24. Th. d. Comment. §. 1220. S. 346. f.

7) Meditat. ad Pand. Vol. IX. Spec. DLXXXV. medit. 14.

8) Instit. iuris crim. §. 301. Schol. pag. 158 — 163. (edit. *octav.*)

aus dem ganzen Zusammenhange der Novelle überzeugt, daß unter der *vitae consors* unmöglich eine Concubine gemeint seyn könne. Das römische Gesetz, welches den Concubinat erlaubte, soll auf immer aufgehoben seyn. Dieses kannte den Unterschied zwischen einem temporären und perpetuirlichen, zwischen einem auflöslichen und unauflöslichen Concubinat nicht. Der Concubinat soll aufgehoben seyn, weil er der Natur und den Lehren des Christenthums widerstreite. Warum will man, sagt Leo, wenn man aus der Quelle das reine Wasser schöpfen kann, lieber das unreine, den Morast, schöpfen? Wer kann also nun wohl die letzten Worte anders als so verstehen, da es nicht schwer halte, eine Frau zu finden, so solle man sich des Concubinats enthalten? Denn diesen vergleicht hier Leo mit dem lutum, wie auch Göddäus [9]) diese Constitution richtig erklärt hat. Der Ausdruck *vitae consors* paßt auch gar nicht auf eine Concubine, wenn man erwägt, daß gerade das *consortium omnis vitae*, die Vereinigung des ganzen Lebens, nach dem Begriff des Modestinus [10]), den wesentlichen Character der Ehe bildet. Auch die griechischen Worte, welche Leo gebraucht hat: *τὴν κοινῶρον τοῦ βίου*, deuten, selbst nach der Erklärung der Griechen [11]), auf keine andere Lebensgemeinschaft hin, als welche unter rechtmäßigen

9) Comment. repetitae praelect. in Tit. Pand. de Verbor. Significat. ad L. 144. D. de V. S. Axiom. III. nr. 9.

10) *L.* 1. *D. de ritu nuptiar.*

11) S. *Basilica* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 4. Const 1. pag. 239. Photii *Nomocanon* Tit. XII. cap. 13. (in Voelli *Bibl. iuris can. vet.* Tom. II. pag. 1071.) Harmenopuli *Manuale Legum.* Lib. IV. Tit. 4. § 1.

Ehegatten Statt findet [12]). Dem sey indessen, wie ihm wolle, so ist soviel gewiß, daß das Verbot des Leo nur für den Orient galt. Denn das occidentalische Reich stand zur Zeit dieses Kaisers unter der Herrschaft der Deutschen [13]). Bey diesen hat sich der Concubinat länger im Gebrauche erhalten [14]). In den Kapitularien der fränkischen Könige wird daher nur den Verheyratheten der Concubinat, oder eigentlich der Pellicat, und zwar bey Strafe verboten [15]). Von dem Concubinat bey unverheyratheten Personen findet sich kein Verbot in den Kapitularien. Selbst mehrere der fränkischen Könige und Kaiser lebten daher im Concubinate, vor, oder nach ihrer Ehe, wovon Böhmer [16]) mehrere Beyspiele angeführt hat. So sehr sich nun auch die Päbste bemühten, den Concubinat auszurotten, so wenig waren sie im Stande ihre Absicht durchzusetzen, weil er zu tiefe Wurzeln geschlagen hatte. Man begnügte sich daher, den Concubinat [17]) nur wenigstens bey der Geistlichkeit zu be-

12) Man sehe hier noch vorzüglich Zepernick Praetermissa citt. pag. 218.

13) S. Thomasius cit. Diss. §. 23. et 24.

14) *J. H.* Boehmer Jur. Eccles. Protestant. Tom. II. Lib. III. Tit. 2. §. 15. sqq. und Heineccius Elem. iuris Germ. Tom. I. §. 309.

15) *Capitulare* Pipini *Regis Ital. de a.* 793. *Cap.* 34. (in Baluzii *Capitularib. Regg. Francor.* Tom. I. pag. 540.) *Capitular. Lib. VI. cap.* 230. (Baluz. Tom. I. pag. 962.) et *Cap.* 433. (Baluz. pag. 1010.) *Lib. VII. cap.* 59. *cap.* 60. *et cap.* 336. (Baluz pag. 1039. et 1098.) et *Addit. II. cap.* 23. (Baluz. pag. 1146.)

16) Jur. Eccl. Protest. c. l. §. 16 — 20.

17) S. Boehmer c. l. §. 22 et 23.

schränken [18]). Aber auch bey dieser blieben alle von den Päbsten und Concilien erlassene Verbote ohne Erfolg [19]). Denn da den Geistlichen die Ehe untersagt war; so sahe man sich sogar genöthiget, den Concubinat bey denselben zu dulden, um größere Ausschweifungen derselben zu verhüten [20]). Die Basler Kirchenversammlung vom Jahre 431. gebot nun zwar den Geistlichen auf das strengste, bey Verlust ihrer Kirchenpfründen, ihre Concubinen zu entlassen; fügte hingegen in Ansehung der Laien nur den gutgemeinten Rath hinzu, sie möchten gleichfalls vom Concubinate abstehen, und wenn sie nicht die Gabe der Enthaltsamkeit hätten, nach dem Rathe des Apostels, heyrathen [21]). Der Pabst Nicolaus V. bestätigte das

18) Vid. Tit. *de cohabitatione clericor. et mulier.* Lib. III. *Decretal. Greg. IX.* Tit. 2. *et Cap.* 55. *X. de sentent. excommun.* Ein allgemeiner Titel de concubinatu findet sich in den Decretalen nicht. Es ist daher die Meinung mehrerer berühmter Rechtsgelehrten, eines Ziegler's, Wissenbachs, Hotman's, und anderer, welche Thomasius Diss. cit. §. 23. Not. c. anführt, nicht ohne Grund, daß das Canonische Recht den Concubinat bey den Laien nicht schlechthin verboten habe.

19) S. Boehmer. c. l. §. 26. 27. 28.

20) S. *Car. Du.* Fresne Glossar. med. et inf. Latinitat. voc. *Concubina.* und Thomasius cit. Diss. §. 27.

21) *Concil. Basileense. Sess. XX. Decret.* 1. in fin. Et cum omne fornicationis crimen lege divina prohibitum sit, et sub peccati mortalis poena necessario evitandum, monet *omnes laicos* tam uxoratos, quam solutos, *ut similiter a concubinatu abstineant.* Nimis enim reprehensibilis est, qui uxorem habet, et ad alienam mulierem accedit. *Qui vero solutus est, si continere nolit, iuxta Apostoli consilium uxorem du-*

Decret des Basler Conciliums nochmals in Ansehung der Geistlichkeit [22]. Leo X. hingegen verbot den Concubinat ohne Unterschied, den Laien wie den Geistlichen, unter Androhung strenger Kirchencensuren, auf der fünften Lateranensischen Kirchenversammlung im Jahr 1516 [23], jedoch mehr um den Laien, wegen ihrer laut gewordenen Klagen über die Ausschweifungen der Geistlichen, wehe zu thun, und ihnen den Mund zu verschliessen, als den Geistlichen im Ernst den Concubinat zu verbieten, weil er wohl wußte, daß keine Krähe der andern die Augen aushackt [24].

Ernstlicher verboten die deutschen Reichs-Gesetze den Concubinat. In der Reichs-Polizey-Ordnung zu Augsburg 1530 aufgericht, heißt es Tit. XXXIII. von leichtfertiger Beywohnung [25]:

„Dieweil auch viel leichtfertige Personen, ausserhalb von Gott aufgesetzter Ehe, zusammen wohnen, auch der öffentliche Ehebruch nicht gestraft, sondern gestattet, dadurch der Allmächtig, nachdem es wider sein göttlich Gebot, hoch beleidigt, auch zu vielen Aergernissen

cat. S. *Jo.* Cabassutii Notia ecclesiast. Historiar. Concilior. etc. Saec. XV. pag. 551.

22) S. *Libr. Septim. Decretalium. a Petr.* Matthaeo collectus. Lib. III. Tit. 1. Cap. 3. (Tom. II. *Corp. iur. canon. Boehmer.* Append. I. pag. 85.)

23) *Cap.* 1. *Lib. V. Tit.* 16. *de Concubinariis.* in Septim. Decretal. Lib. Durch einen Druckfehler wird diese Verordnung dem Pabst Leo V. beygelegt.

24) Man s. hier vorzüglich Thomasius c. l. §. 28. Not.

25) S. die neue und vollständ. Sammlung der Reichsabschiede (Frankfurt 1747. f.) 2. Th. S. 343.

Ursach giebt. Derohalben ordnen und wollen wir, daß eine jede geistlich und weltliche Oberkeit, der solches ordentlich zugehört, ein billigs Einsehen haben soll, damit solch öffentlich Laster, der Gebühr nach, ernstlich gestraft und nicht geduldet werde."

Dennoch erlaubten sich mehrere erlauchte Personen den Concubinat, und selbst die Wittenberger Theologen mißbilligten dieses in ihrem Gutachten nicht, welches sie im Jahre 1539. dem Landgrafen Philipp von Hessen ausstellten, und welches selbst von Luther und Melanchton unterschrieben ist, sie sagen vielmehr darin[26]):

Hinc non sequuntur alicuius momenti contradictiones, aut scandala. *Nihil enim est inusitati, Principes* CONCUBINAS *alere.*

Nicht lange hernach ward der Concubinat auf dem Tridentinischen Concilium im Jahre 1563. nochmals, als ein grave peccatum, unter Androhung der Strafe der Excommunication, verboten[27]); und Pabst Pius V. drang in einer eigenen Verordnung vom Jahre 1566. auf strenge Vollziehung dieses Decrets, die concubinarii seyen Geistliche oder Laien[28]).

Zuletzt wiederholte die reformirte Policey-Ordnung, auf dem zu Franckfurt gehaltenen Reichs-Deputations-Tage im Jahre 1577. aufgericht, Tit. XXVI.

26) Man sehe auch hier THOMASIUS §. 30 et 31.

27) *Sess. XXIV. Cap.* 8. *de Reformat. matrimonii.* (Concil. Trident. edit. *Card. de* LUCA. *Colon.* 1723. 4. pag. 387.)

28) *Septim. Decretal. lib. Pet.* MATTHAEI *Lib. V. Tit.* 16. *Cap.* 2. *de Concubinariis.*

nochmals das Verbot [29]), welches bereits die oben angeführte frühere vom Jahre 1530. ausgesprochen hatte. In der peinlichen Gerichts-Ordnung Carls V. ist der Concubinat ganz unerwähnt geblieben.

Heutzutage ist also der Concubinat eine weder nach den bürgerlichen, noch nach den kirchlichen Gesetzen erlaubte Gesellschaft. Er ist nach dem Begriff unserer heutigen Criminalisten ein Vertrag zwischen zwey unverheyratheten Personen beyderley Geschlechts, zum Zweck einfachen Beyschlafs, in einer fortdauernden aussereheliche Verbindung mit einander leben zu wollen [30]). Mangel an der gesetzlich bestimmten Form, welche zur bürgerlichen Rechtmässigkeit einer ehelichen Verbindung erfordert wird, unterscheidet also den Concubinat von einer bürgerlich rechtmässigen Ehe [31]). Man verwechsele jedoch den Concubinat nicht 1) mit einer Gewissensehe (matrimonium conscientiae). Denn diese ist eine wahre natürliche Ehe, bey welcher der affectus maritalis vorhanden, die aber nicht durch die gesetzliche Form

29) Samml. der Reichs-Abschiede. 3. Th. S. 393.

30) S. von Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 494. Koch Instit. iur. crim. §. 302. Klein's Grundſ. des peinl. Rechts. §. 391. Püttmann Elem. iuris crim. §. 603. Feuerbach's Lehrbuch des peinl. Rechts. §. 460. Grolman's Grundſ. der Criminalrechtswissenschaft. §. 381. Tittmann's Handbuch des gemein. deutsch. peinl. Rechts. 3. Th. §. 573. Salchow Darstellung der Lehre von Strafen und Verbrechen. 2. B. §. 383. und Martin Lehrbuch des teutschen gemeinen Criminal-Rechts. 2. Hauptabschn. §. 278. S. 723 f.

31) S. Robert's rechtliche Gedanken über den Begriff der Ehe. §. 7 — 11.

der Ehe legalisirt ist [32]. 2) Nicht mit der Ehe zur linken Hand, (*matrimonium ad morganaticam*). Denn auch diese ist eine wahre Ehe, die auch in kirchlicher Form eingegangen worden, bey welcher aber vertragsmässig festgesetzt ist, daß sie nicht alle rechtliche Wirkungen einer gültigen und bürgerlich rechtmässigen Ehe erzeugen solle. [33]. Beyde können unter gewissen Einschränkungen erlaubt seyn [34]; allein der Concubinat wird unbedingt von den Gesetzen des Staats und der Kirche für eine unerlaubte Gesellschaft gehalten. Man zählt ihn zu den Fleischesverbrechen. Da die deutschen Reichsgesetze die Strafe nicht bestimmt haben; so ist sie, sofern nicht Landesgesetze diese Lücke ausfüllen, nach richterlichem Ermessen zu bestimmen [35]. Die Strafe kann jedoch nur eine etwas verschärfte Strafe der einfachen Schwächung seyn [36].

32) S. Grolman a. a. O. Not. e. und Konopak im Zusatze zur Not. a. des §. 494. von Quistorp's Grundſ. des peinl. Rechts. 2. B. S. 313. f.

33) Salchow a. a. O. S. 584.

34) S. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 537. et 538. Allg. Preuß. Landrecht. 2. Th. 1. Tit. §. 835. ff. Man sehe jedoch *J. H.* Boehmer ius eccles. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. 3. §. 55 — 58. Schnaubert's Grundſ. des Kirchenrechts. §. 253. Danz Handbuch des heutigen deutsch. Privatrechts. 6. Band. §. 561. und Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 243. in fin.

35) S. Klein's Grundſ. §. 393. Quistorp Grdſ. §. 495. Koch Instit. cit. §. 304. Tittmann's Handbuch 3. Th. §. 574. Salchow Darstellung. 2. B. §. 384. Püttmann Elem. §. 604.

36) Feuerbach a. a. O. §. 460. a. E. Grolman Crim. R. W. § 381. Konopak Zusatz zur Not. i. des §. 495.

Gewöhnlich wird auf Geldbuße oder Gefängniß erkannt [37]).

Ob übrigens der Concubinat auch den Lehren Christi und seiner Apostel zuwider sey, worüber Juristen und Theologen gestritten haben [38]), ist eine hierher nicht gehörige Frage, deren Entscheidung wir füglich den Theologen überlassen können.

2. B. S. 315. Martin Lehrbuch a. a. O. S. 723. f. A. M. ist Tittmann a. a. O. 3. Th. §. 574. Man sehe dagegen Jac. Tob. Werner Handbuch oder Commentar des peinl. Rechts. (Hadamar 1820. 8.) §. 721. S. 454.

37) S. Koch §. 304. Quistorp §. 495. Meister iun. princip. iur. crim. §. 251. Salchow a. a. O. §. 384. S. 586.

38) Man vergleiche *Jo.* Goeddaei Comm. repet. prael. in Tit. 16. Lib. L. Pandect. ad L. 144. D. de V. S. n. 9. p. 957. sqq. *Joach. Just.* Breithaupt Diss. theol. de concubinatu a Christo et Apostolis prohibito. *Halae* 1713. 4. *Jo. Wolfg.* Jaeger Examen Disputationis Halensis de concubinatu. Jo. Gustav Reinbeck die Natur des Ehestandes und Verwerflichkeit des dawider streitenden Concubinats aus der H. Schrift und andern vernünftigen Gründen gezeigt. Berlin 1714. 2. Aufl. 1715. Petri Encratitae ad ill. Abbatem Bergensem de Concubinatu Epistola. rec. *Tübing.* 1714. 4. *Marci Pauli* Antonini Confutatio dubiorum, quae contra Schediasma Halense de Concubinatu mota sunt. *Argentor.* 1714. 4. Joh. Gust. Reinbeck nochmaliger Beweis, daß der vom Thomasius vertheidigte Concubinat ein sündlicher und verwerflicher Stand sey gegen Antoninus. Berlin 1715. *J. W. Z.* theologische Gedanken von der Heiligkeit des Ehestandes wider den unheiligen Concubinat. 1714. und *Jo. Andr.* Grammlich Tractat. philosophico theologic. de moralitate concubinatus. *Francof. et Lipsiae* 1716. 4.

Lib. XXVI. Tit. I.

De Tutelis.

§. 1298.

Zusammenhang zwischen Tutel und Erbrecht. Die Vormundschaft als Surrogat der patria potestas oder manus mariti. Ursprung und Gesichtspunct der Vormundschaft. Erläuterung des Röm. Begriffs von der Tutel. Wesentlicher Unterschied zwischen Tutel und Curatel. Heutiger Begriff von Vormundschaft.

Die Lehre von Vormundschaften [39]) gehört zwar eben so, wie die vorige von der Ehe, in das Familien-

39) Schriften 1) zur Geschichte dieser Rechtslehre vorzüglich *Jo. Theoph.* Seger Historia iuris Rom. liberae Reipublicae de tutelis et curationibus. *Lips.* 1760. Ejusdem brevis Curarum historia. *Ibid.* 1763. (in *Opuscul.* a Klübero edit. Vol. I. (*Erlang.* 1788. 8.) Nr. II. et III. pag. 61 — 141.) Egid. von Löhr über die Römischen Begriffe von Tutel und Curatel. (in desselben und v. Grolman neuen Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. 1. B. (Giess. 1820.) Nr. I. S. 1 — 71.) Albr. Schweppe über den Grundbegriff der Tutel und Curatel, in Des-

recht. In diesem wird sie daher sowohl von Gaius[40]),

selben juristischen Magazin 1. B. 1. Heft. (Altona 1818. 8.) S. 97—117. von Löhr Vertheidigung seiner früheren Ansichten gegen die Einwürfe des Hrn. Prof Schweppe. (im angef. Magazin 1. B. Nr. XIV. S. 454—477.) *Ev.* Otto Diss. de perpetua feminarum tutela. *Duisburgi ad Rhen.* 1719. von Savigny Beytrag zur Geschichte der Geschlechtstutel; (in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissensch. 3. Band. Nr. X. S. 328—348.) F. L. Hoffmann's Versuch, eine Stelle des Cicero *Topicor. cap.* 4. zu erklären; (ebendaselbst S. 309—327.) von Löhr von der Tutel über Weiber, ihrem Zwecke, ihrer Fortbildung, und dem Verschwinden derselben. (im neuen Magazin 1. B. Nr. XII. S. 407—432.) Schweppe von der Curatel über Pupillen. (im Magazin Nr. VIII. S. 110—115.) von Löhr von der Cura über Unmündige. (im N. Magaz. 1. B. Nr. XIII. S. 433—454.) Eduard Gans Scholien zum Gajus. (Berl. 1821. 8.) 4te Scholie S. 178—226. *Bernh. Wicher* Wichers Diss. ad locum *Gaii* de tutelis. *Groningae* 1822. 8. *Aug. Guil. de* Schroeter Diss. de nexu tutelae et iuris succedendi in bona defunctorum. Specim. I. continens partem generalem. *Jenae* 1820. 8. Ueber die tutela fiduciaria Thibaut civilist. Abhandl. Nr. XII. S. 285—304. und Römischrechtliche Untersuchungen für Wissensch. und Ausübung von L. D. Neustettel und S. W. Zimmern. 1. Band. (Heidelberg 1821.) Nr. VIII. S. 142—154. Ueber die Fragmente I. IV. und VII. der 5ten Gesetztafel Heinr. Ed. Dirksen Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente. (Leipzig 1824.) S. 315—317. S. 343—355. und S. 369—380. Ueberhaupt Albr. Schweppe Römische Rechtsgeschichte und Rechtsalterthümer. (2. Ausgabe Göttingen 1826.) §. 419—435. S. 607—630. und Sigm.

als, nach dem Muster desselben, von Justinian [41]) in den Institutionen abgehandelt. Sie schließt sich an die Eintheilung der Menschen in solche, die sui iuris, und die alieno iuri subiecti sind, an [42]), insofern als nur solche Personen einer Vormundschaft unterworfen seyn können, welche sich in keiner Potestas befinden, und also sui iuris sind. Allein in den Pandecten schließt sie sich an die Lehre vom Erbrecht an, weil beyde, Erbrecht und Vormundschaft, im Römischen Recht als zwey in einander eingreiffende und einander begleitenden Institute angesehen werden. Schon in den zwölf Tafeln findet sich der Grund dieser Zusammenstellung, welche der Tutel nur bey

Wilh. Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. (Heidelberg 1826.) §. 232 — §. 252. S. 861 — 956. 2) Für das Practische. *Paul.* Montanus de iure tutelarum et curationum. *Hagae Comit.* 1680. 4. Just. Claproth's Unterricht für Vormünder. Göttingen 1773. Joh. Fried. Junghanns Unterricht in Vormundschaftssachen. Leipzig 1787. Heinr. Ferd. Christ. Freyh. von Lynker Abhandl. von der Vormundschaftsbestellung bey Privat- und Erlauchten Personen. Jena 1. Th. 1790. 2. Th. 1791. 8. Ge. Happel's Unterricht für Vormünder. Marburg 1793. von Leonhardi Versuch einer Vormundschaftslehre. Giessen 1799. Joh. Friedr. von Meyer von den Unterschieden zwischen Tutel und Curatel, Unmündigen und Minderjährigen, nach Röm. und deutschem Recht. Frankf. a. Main 1803. und A. H. Stein über Vormundschaften und Curatelen nach gemeinem deutschen Rechte, mit einer Vorrede von K. F. Reinhardt. Stuttgart 1824.

40) *Instit. Commentar. I.* §. 142 — 200.

41) Lib. I. Tit. 13 — 26.

42) *Pr. I. de iis, qui sui vel alieni iuris sunt.* (I. 8.)

den Erbschaften gedenken, und beyde Lehren in der fünften Gesetztafel umfassen [43]). Die Vormundschaft erscheint hier hauptsächlich auf die Voraussetzungen der Erbfolge gegründet. Denn wenn diese Gesetze das Recht geben, einen Tutor im Testament zu ernennen, gleichviel, ob der Vater seinen unmündigen Kindern, oder der Ehemann seiner Frau in manu den Tutor bestellte [44]); so wollen

43) S. *de* SCHROETER Diss. cit. p. 27. sqq. Gans Scholien zum Gajus. S. 178. und Dirksen Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente. 10. und 11. Kap. S. 288. ff.

44) GAJUS *Instit. Commentar. I.* §. 144. Permissum est itaque parentibus, liberis, quos in potestate sua habeat, testamento tutores dare: masculini quidem sexus impuberibus duntaxat: feminini autem tam impuberibus, quam nubilibus. Veteres enim voluerunt, feminas, etiam si perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse. — §. 148. Uxori, *quae in manu est*, proinde ac filiae; item nurui, quae in filii manu est, proinde ac nepti, *tutor dari potest.* S. Gans Scholien S. 182. ff. und Dernburg Beyträge zur Geschichte der Röm. Testamente. Bonn 1821. S. 275. Not. 3. Der Ehemann konnte auch seiner Frau in manu durch Testament die Wahl eines Vormundes selbst überlassen, den sie dann entweder für alle, oder auch blos für einzelne Geschäfte wählen konnte. Dieß war eine Unterart der testamentarischen Tutel, und hieß *tutoris optio.* Gajus gedenkt derselben *Comment. I.* §. 150. In persona tamen uxoris, quae in manu est, recepta est etiam tutoris optio, id est, ut liceat ei permittere, quem velit ipsa, tutorem sibi optare: hoc modo: *Titiae, uxori meae tutoris optionem do:* quo casu licet uxori vel in omnes res, vel in unam forte aut duas (*optare*). Dieses Recht bestand wenigstens schon seit dem Jahre 566. der Erb. Roms, wie das bey Li-

sie auch, daß er zugleich über seine Verlassenschaft testire. Daß dieses der Sinn des uns von Ulpian [45]) aufbehaltenen Fragments: *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*, wirklich sey [46]), lehrt uns Paulus *libro LIX. ad Edictum.* [47]), wo er die Worte dieses Gesetzes selbst erklärt. Er sagt nämlich: Saepe ita comparatum est, ut coniuncta pro disiunctis accipiantur, et disiuncta pro coniunctis, interdum soluta pro separatis. Nam cum dicitur apud Veteres: *Agnatorum gentiliumque*, QUE pro separatione accipitur. At cum dicitur: *Super pecuniae tutelaeve suae* [48]), tutor separatim *sine pecunia* dari non potest [49]). Auch die Rechtsregel: *Nemo*

VIUS Lib. XXXIX. c. 19. vorkommende Beyspiel von einer gewissen Hispala Fecenia beweist, welcher unter andern Privilegien auch dieses verliehen war, *utique tutoris optio item esset, quasi ei vir testamento dedisset.* S. Freyh. von Brockdorf Uebersetzung der Institutionen Commentare des Gajus. 1. B. (Schleswig 1824.) §. 150. S. 589 — 596.

45) *Fragm. Tit. XI.* §. 14.

46) Ueber die ächte Darstellung dieses Fragments vergleiche man Dirksen Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente. S. 320. ff.

47) *L. 53. pr. D. de Verbor. Signif.*

48) So liest die florentinische Ausgabe. Allein die Vulgata, mit welcher auch mehrere Handschriften übereinstimmen, hat *super pecunia tutelave sua.* Man sehe hier vorzüglich Dirksen. S. 335 — 338.

49) Die ganz unrichtige Erklärung von HOTOMAN Observation. Lib. VI. Obs. 5. als ob nur einem solchen Sohne ein tutor im Testament gegeben werden könne, den der Vater zum Erben eingesetzt hat, wird mit Recht vom

pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, fand bey der testamentarischen Tutel ihre Anwendung. Denn der Tutor sollte für das ganze Vermögen des Mündels, nicht für einzelne Sachen und Geschäfte bestellt werden. So lehrt noch Justinian, wenn er in seinen Institutionen [50]) sagt: Datus autem tutor *ad universum patrimonium* datus esse creditur, und Ulpian *Libro XXXVIII. ad Sabinum* [51]) sagt ausdrücklich: *Certarum rerum* vel *causarum*, testamento tutor dari non potest, *nec deductis rebus*. Eine solche Bestellung des Vormundes, welche mit Ausnahme gewisser Sachen, worüber der Tutor keine Verwaltung haben sollte, geschehen war, z. B. *Titius filii mei tutor esto, praeterquam in fundo Tusculano* [52]), galt eben so wenig, als wenn der Vater seinen Sohn nicht von der ganzen Erbschaft, sondern nur von einem Theil derselben enterbt hatte [53]). Die sonst eintretende billige Erklärung des letzten Willens, quasi adscriptae non essent, denn so hat Noodt [54]) die Worte Ulpian's: *nec deductis rebus* ganz richtig erklärt, hatte hier nicht Statt, sondern die ganze Vormundschaftsbestellung war, wie Pomponius [55]) lehrt, ungültig, weil, wie Marcian *libro*

Noodt Comment. ad Dig. Lib. XXVI. Tit. 2. §. *Dixi de modo* (Opp. Tom. II. pag. 542.) verworfen.

50) §. 17. *I. de Excusat. tutor. et curator.*

51) *L.* 12. *D. de testam. tut.*

52) S. Pothier Pandect. Justinian. Tom. II. Lib. XXVI. Tit. 2. Nr. XIII. Not. e.

53) *L.* 19. *D. de liber. et postum.*

54) Comm. ad Dig. c. l. §. *Vult. ergo lex.* pag. 540.

55) *L.* 13. *D. de testam. tut.*

secundo Institutionum[56]) hinzufügt: Tutor *personae, non rei vel causae datur.* Die Verwaltung der Güter, z. B. nach der Verschiedenheit ihrer Lage, unter mehrere Vormünder zu vertheilen, war jedoch eben so gültig, als die Vertheilung der Erbschaft unter mehrere Miterben im Testamente, wie Ulpian *libro XXXVIII. ad Sabinum*[57]) bestätiget. Si tamen tutor detur rei Africanae, vel rei Syriaticae, utilis datio est: hoc enim iure utimur. Es steht nun auch ganz damit in Verbindung, wenn Paulus *libro VIII. Brevium*[58]) sagt, daß nur solche zu Tutoren im Testament bestellt werden könnten, welche testamentsfähig sind, und Ulpian[59]) nimmt nur den Latinus Junianus aus. Nam Latinus, sagt er, habet quidem testamenti factionem, sed tamen tutor dari non potest: id enim *Lex Junia* prohibet.

Bey der tutela legitima, welcher nicht nur Unmündige, sondern selbst mündige Weiber[60]) unterworfen waren, waren die Tutoren sogar in den meisten Fällen die Intestaterben derselben. Denn es waren die nächsten Agnaten, welche die Zwölf Tafeln zur Tutel beriefen. Nur die Vestalischen Jungfrauen waren frey von aller Tutel, welche daher auch von ihren Agnaten und Gentilen nicht

56) *L.* 14. *D. eodem.*

57) *L.* 15. *D. eodem.*

58) *L.* 21. *D. eodem.* Testamento tutores hi dari possunt, *cum quibus testamentifactio est.*

59) *Fragm. Tit. XI.* §. 16. (Juris civ. Antejustin. edit. Hugo Tom. I. pag. 37. sq.)

60) Man begriff daher unter dem Ausdruck *Pupilla* das unmündige, so wie das mündige unter der Tutel ste-

beerbt wurden [61]). Daß die zwölf Tafeln, welche die Agnaten zur tutela legitima über einen impubes beriefen, auch Bestimmungen über die Bevormundung der Weiber enthalten haben müssen, kann nach dem, was Gajus in seinen Institutionen darüber berichtet, keinem Zweifel unterliegen [62]). Folgende Stellen sind hier besonders merkwürdig.

Institution. Commentar. I. §. 155. Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII. AGNATI sunt tutores, qui vocantur *legitimi.*

§. 157. Sed olim quidem, quantum *ad legem XII. tabularum* attinet, etiam FEMINAE agnatos habebant tutores.

§. 145. Itaque si quis filio filiaeque testamento tutorem dederit, et ambo ad pubertatem pervenerint, filius quidem desinit habere tutorem, filia vero nihilominus in tutela permanet: tantum enim *ex lege Julia et Papia Poppaea* iure liberorum a tutela liberantur feminae: loquimur autem *exceptis Virginibus Vestalibus*, quas etiam veteres

hende Frauenzimmer, wie die Tafel von Heraclea beweist. S. Heinr. Ed. Dirksen Bemerkungen über die erste Hälfte der Tafel von Heraclea; (in Desselben civilistischen Abhandlungen. 2. B. (Berlin 1820.) S. 190. f. und Desselben Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente. S. 306.

61) S. von Löhr Abh. von der Tutel über Weiber, im N. Magazin. 1. Band. S. 416. f.

62) Man sehe hier vorzüglich Dirksen Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente. Kap. X. S. 305—309.

in honorem sacerdotii liberas esse voluerunt. Itaque etiam *lege XII. tabularum* cautum est.

Comment. II. §. 47. (*Item*) mulieris, quae *in agnatorum tutela* erat, res mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore (auctore) traditae essent: id ita *lege XII. tabularum* cautum erat.

Daß die Vestalinnen von ihren Agnaten nicht beerbt wurden, bezeugt eine von Gellius [63]) aus dem Commentar des Antistius Labeo über die XII Tafeln angeführte Stelle ganz deutlich. Er sagt nämlich: Praeterea in commentariis Labeonis, quae *ad XII. Tabulas* composuit, ita scriptum est: *Virgo Vestalis neque heres est* CUIQUAM INTESTATO, *neque* INTESTATAE *quisquam; sed bona eius* IN PUBLICUM *redigi aiunt.*

Der genaue Zusammenhang zwischen Erbrecht und Vormundschaft bey der tutela legitima zeigte sich noch besonders darin, daß dem nächsten Intestaterben die Tutel gerade deswegen deferirt wurde, um ihm die Möglichkeit zu gewähren, sein künftiges Erbrecht gegen die mögliche Gefahr einer Beeinträchtigung oder Entfremdung des Vermögens zu sichern. Ulpian rühmt dieses als eine weise Vorsehung der Alten, wenn er sagt *libro XIV. ad Sabinum* [64]):

Legitimae tutelae *lege duodecim tabularum* agnatis delatae sunt, et consanguineis: item pa-

63) *Noct. Atticar. Lib.* I. cap. 12. S. von Löhr Abh. von der Tutel über Weiber; im neuen Magazin 1. B. S. 416. f.

64) *L.* 1. *pr. D. de legitim. tutor.*

tronis, id est his, qui ad legitimam hereditatem admitti possint. Hoc summa providentia: *ut qui sperarent hanc successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur.*

Es war also eine Rechtsregel, wie Quintus Mucius Scävola *libro singulari* Ὀρῶν [65]) sagt:

Quo tutela redit, eo hereditas pervenit;

die nur bey Frauenspersonen eine Ausnahme litte, weil diese nicht Tutoren seyn konnten. Daher sagt Ulpian[66]):

Interdum alibi est hereditas, alibi tutela: utputa si sit consanguinea pupillo. Nam hereditas quidem ad agnatam pertinet: tutela autem ad agnatum.

Eben diese Ausnahme fügt auch Scävola[67]) seiner Regel bey, wenn er sagt: nisi cum *feminae* heredes intercedunt.

So wurden also Tutelen nach dem Gesetz der zwölf Tafeln, eben so, wie Erbschaften, auf zweyerley deferirt, durch Testament, und *ab intestato* unmittelbar durch das Gesetz. Trat keine von beyden Tutelen ein, so blieben sich beyde, Unmündige, wie Frauenspersonen, selbst überlassen, bis zur Lex Atilia, welche zuerst dem Prätor das Recht gab, mit Zustimmung des grösten Theils der Tribunen, den Frauenspersonen und Pupillen, die keinen Tutor hatten, auf ihr, oder der dazu Verpflichteten oder Berechtigten Bitten, einen Vormund zu bestellen[68]).

65) *L.* 73. *pr. D. de div. Reg. iuris.*

66) *L.* 1. §. 1. *D. de legitim. tutor.*

67) *L.* 73. *pr. D. de Reg. iur.*

68) Ulpian. *Fragm. Tit. XI.* §. 18. *Pr. I. de Atilian.*

Die Regel: *ubi hereditas, ibi tutela*, wurde übrigens so streng interpretirt, daß auch ein Unmündiger, wenn er der nächste Intestaterbe des Pupillen war, tutor legitimus seyn konnte, in welchem Falle dann ein Interims-Vormund bestellt wurde, welcher die Vormundschaft statt des tutoris legitimi und zugleich über ihm selbst verwaltete [69]. Die Analogie des Erbrechts ist endlich auch noch insofern sichtbar, daß die testamentarische Tutel vor der legitimen, eben so, wie die testamentarische Erbfolge vor der gesetzlichen den Vorzug hat [70].

Alles dieses wußten wir jedoch schon vorher größtentheils aus der Justinianeischen Gesetzsammlung selbst. Aus Gajus erfahren wir aber nun noch eine merkwürdige Parallele zwischen der testamentarischen Tutel und der Erbeinsetzung in Rücksicht der Form. Der Tutor konnte nämlich im Testament nicht anders, als wie ein Erbe, verbis directis ernannt werden. So wie nämlich bey der Einsetzung eines Erben nur die Form: *Titius heres esto*, oder *Titium heredem esse iubeo*, üblich, jede andere aber ungültig war [71]; so war auch bey der Ernennung eines Tutors im Testament keine andere Form gültig, als die: *Lucium Titium liberis meis tutorem*

tutor. S. von Löhr über die Röm. Begriffe von Tutel nnd Curatel im N. Magazin. 1. Band. S. 3. ff.

69) Ulpian. *Fragm. Tit. XI.* §. 20. — Si legitimum tutorem *pupillum* habeat sc. femina. Besonders *L.* 10. §. 7. *D. de Excusation.* (XXVII. 1.) und *L.* 5. *Cod. de legitima tut.* Man sehe auch Cujacius Observation. Lib. XVII. cap. 28.

70) *Pr. I. de legitima agnator. tut.*

71) Gajus *Commentar. II.* §. 117.

do, oder *Liberis meis*, oder *uxori meae Titius tutor esto*[72]).

Vormundschaft kann also nur bey solchen Personen vorkommen, welche sich in keiner potestas befinden. Dieß sagt nicht nur Justinian[73]) ausdrücklich im Eingange dieser Lehre, sondern noch bestimmter Gajus[74]), wenn er nach dem Rechte seines Zeitalters, wo noch die conventio in manum mariti und die Tutel über Weiber galt, sagt: Ex his personis, *quae neque in potestate, neque in manu, neque in mancipio sunt*[75]), quaedam vel *in tutela* sunt, vel *in curatione*, quaedam *neutro iure* tenentur. Daher entsteht nun die Eintheilung der Personen, welche in keiner potestas sind, daß sie entweder unter der Tutel, oder unter der Curatel stehen, oder sich selbst überlassen sind. Unter der Tutel standen nicht nur Unmündige ohne Rücksicht auf das Geschlecht, sondern auch Frauenzimmer waren ihr unterworfen, ohne Rücksicht auf das Alter, sofern sie sich nicht entweder in der potestas ihres Vaters, oder in der

72) Gajus *Commentar. I.* §. 149. und *II.* §. 289. S. Gans Scholien zum Gajus. S. 189. f. und von Brockdorff Institutionen Commentare des Gajus zum §. 149. S. 587. f.

73) *Pr. I. h. t.*

74) *Institut. Commentar. I.* §. 142.

75) Ueber die Bedeutung von potestas, manus, und mancipium vergleiche man Gaius *Comm. I.* §. 108 — 141. Eduard Gans Scholien zum Gajus. S. 138 — 177. und von Brockdorff Institutionen Commentare des Gajus. Zum §. 49. S. 129 — 167. und zum §. 108. S. 393.

manus des Mannes befanden [76]. Nur die Vestalischen Jungfrauen waren, wie bereits oben bemerkt wurde, schon

76) Livius *Lib. XXXIV. Cap.* 2. Maiores nostri nullam, ne privatam quidem rem, agere feminas sine auctore voluerunt: *in manu esse parentum, fratrum, virorum.* Es soll hier die dreyfache Gewalt angezeigt werden, unter welcher damals die Frauenspersonen bey den Römern lebten, die des Vaters, des Vormundes, wofür hier die Brüder, als die nächsten Agnaten, und als Repräsentanten aller übrigen Vormünder, genannt sind, und des Ehemannes. S. von Savigny Beytrag zur Geschichte der Geschlechtstutel; (in der Zeitschrift 3. B. S. 335.) — Cicero *pro Muraena. Cap.* 12. Mulieres omnes, propter infirmitatem consilii, majores in tutorum potestate esse voluerunt: hi (nämlich Jurisconsulti) invenerunt genera tutorum, *quae potestate mulierum continerentur.* Vormünder, welche von der Willkühr der Frauen abhingen, waren allerdings die tutores optivi, wie sie Gajus *Comm. I.* §. 154. nennt, d. h. deren Wahl der Frau im Testament ihres Mannes überlassen war. Diese konnte die Frau nach ihrem Gefallen entweder für alle ihre Angelegenheiten, oder auch nur für einzelne wählen, und auch die Wahl wieder nach Gefallen ändern, und den gewählten Tutor mehrmals gegen einen andern vertauschen, sofern ihre Wahl nicht durch das Testament selbst beschränkt war, wie Gajus I. §. 150 — 153. dies Alles ausführlicher gesagt hat. Man sehe auch von Savigny a. a. O. S. 339. Allein eigentlich meinte wohl Cicero a. a. O. wenn er von einer Erfindung der Rechtsgelehrten spricht, den tutor fiduciarius, von dem wir nun erst durch Gajus *Commentar. I.* §. 114 *et* 115. und §. 195. einen richtigen Begriff bekommen haben. Auch dieser war ein beliebig gewählter Tutor, den sich die Frau, um ihre gesetzlichen Vormünder loß zu werden, verschaffen konnte, wenn sie eine coemptio (*fiduciae causa*) einging.

nach dem Gesetz der zwölf Tafeln, in honorem sacerdotii, und nach der Verfügung der *Lex Julia et Papia Poppaea* auch diejenigen Frauen, welche drey oder vier Kinder in der Ehe gebohren hatten, je nachdem sie nämlich entweder Freygebohrne, oder aus dem Stande der Freygelassenen waren, und also dadurch das ius liberorum erworben hatten, von der Tutel frey [77]. Die

Denn der coemptionator konnte sie nun an denjenigen remancipiren, welchen sie selbst wünschte, und dieser ward, wenn er sie manumittirte, ihr tutor *fiduciarius*. S. Zimmern über fiduciaria tutela; (in den Römisch-rechtl. Untersuchungen. 1. B. S. 142. f. Not. 1.)

77) Gajus *Comm. I.* §. 145. *et* §. 194. Ulpian. *Fragm. XXIX.* §. 3. Paulus *Sententiar. Receptar. Lib. IV. Tit.* 9. §. 1. *Fragment. Vet. ICti.* §. 17. (in Hugo *iur. civ. Antejust.* Tom. I. pag. 258. sq.) Dio Cass. *Lib. LVI. pag.* 875. S. *Heineccius* ad Leg. Iuliam et Pap. Poppaeam. Lib. II. cap. 11. pag. 234. sqq. Wenn Plutarch *in Numa* cap. 10. sagt: Τιμὰς δὲ μεγάλας ἀπέδωκεν αὐταῖς, ὧν ἐστι — καὶ τἆλλα πράττειν ἄνευ προστάτου διαγούσας, ὥσπερ ἀι τρίπαιδες. i. e. *Tribuit* (sc. Numa) *his* (sc. Virginibus Vestalibus) *ingentes praerogativas*, *inter quas est — et sine tutore liberum rerum suarum arbitrium, ut quibus tres sunt liberi;* so ist dieß nicht dahin zu mißdeuten, als habe Numa schon das ius trium liberorum gekannt; denn dieses ist erst durch die *Lex Julia et Papia Poppaea* eingeführt worden; sondern der Historiker vergleicht hier blos die von Numa den Vastalinnen angeblich zugestandenen Vorrechte mit denjenigen Begünstigungen, welche zu seiner Zeit das ius liberorum allen Frauenspersonen verschaffte. S. Dirksen Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des Röm. Rechts (Leipzig 1823.) 6. Abh. Kap. 5. S. 307.

beyden Hauptarten der Tutel waren also, nach der sehr wahrscheinlichen Ansicht des Labeo [78]), die Tutel über Unmündige, (tutela pupillaris) und die Tutel über Weiber (tutela muliebris) [79]). Beyde gleich alt, und zum Schutz und Vertheidigung dieser Personen eingeführt, unterschieden sich hauptsächlich in Ansehung der Dauer [80]).

78) Gajus *Comm. I.* §. 188. lehrt uns, daß die Frage, in wieviel genera und species die Tutelen einzutheilen seyen, unter den ältern Römischen Rechtsgelehrten sehr streitig gewesen sey. Ohne jedoch darüber seine eigne Ansicht zu geben, referirt er nur die verschiedenen Meinungen der ältern Rechtsgelehrten. Einige, sagt er, hätten fünf, wie Quintus Mucius, andere drey, wie Servius Sulpicius, andere zwey, wie Labeo, und wieder andere hätten soviel genera angenommen, als überhaupt Species seyen. Man sieht nicht einmal hieraus, was Gajus unter genus und species verstanden habe. Die longa disputatio, wie sie Gajus nennt, mag also wohl von keiner Bedeutung gewesen seyn. Man sehe übrigens Wichers cit. Diss. pag. 45. sqq. und Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts 1. B. 2. Abth. §. 232. S. 865. Not. 15 auch Gans Scholien z. Gajus S. 180. f.

79) Massurius Sabinus bey Gellius *Noct. Atticar.* Lib. V. cap. 13. unterscheidet die *pupillaris tutela* und *muliebris*. Man sehe auch Gajus *Commentar. I.* §. 189. *et* 190.

80) Ulpian. *Fragm. Tit. XI.* §. 1. Tutores constituuntur tam masculis, quam feminis. Sed masculis impuberibus duntaxat, propter aetatis infirmitatem: *feminis autem tam impuberibus*, *quam puberibus*, et propter sexus infirmitatem, et propter forensium rerum ignorantiam. Hierher gehört auch die oben Not. 44. aus Gajus Lib. I. §. 144. angeführte Stelle, womit noch

Das Alterthum betrachtete die Weiber, auch wenn sie längst die Großjährigkeit erreicht hatten, wie Pupillen, und also auch eben so, wie die Unmündigen, als unvollständige Personen, die erst durch die Auctorität ihrer Tutoren ergänzt, ihren Willen vollkommen gültig erklären konnten [81]). In der Folge der Zeit verschwand jedoch diese Weibertutel, die ohnehin, wie Gajus [82]) sagt, auf

der §. 445. zu verbinden ist, wo Gajus sagt: Itaque si quis filio filiaeque testamento tutorem dederit, et ambo ad pubertatem pervenerint, *filius quidem desinit habere tutorem*, *filia vero nihilominus in tutela permanet.* Jedoch hatte die Weibertutel auch das Eigenthümliche, daß sie, nämlich die legitima, cedirt werden konnte, welches eine Folge ihrer längern Dauer war. Eine solche tutela cessitia konnte bey der Pupillentutel nicht vorkommen, weil sie für den Vormund weniger lästig war, da sie sich mit dem Eintritt der Pubertät endigte, welchen Grund Gajus *I.* §. 168. selbst angiebt. Es wird davon unten Not. 95. die Rede seyn. Man sehe jedoch die Heidelberg. Jahrbücher der Litt. Jahrg. XVI. (1823.) Heft X. S. 953.

81) Ulpian. *Fragm. Tit. XI.* §. 25. *et* 27. Cicero *pro Caecinna.* Cap. 25. und *Topica. Cap.* 11. Man sehe auch von Löhr von der Tutel über Weiber im N. Magazin 1. B. S. 421 — 423.

82) *Institution. Lib. I.* §. 190. Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse, fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur. Nam quae vulgo creditur, *quia levitate animi plerumque decipiantur*, *et aequum erat*, *eas tutorum auctoritate regi*, magis speciosa videtur, quam vera. Mulieres enim, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant: et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam: saepe etiam invitus auctor fieri a Praetore cogitur.

einem mehr scheinbaren, als wahren Grunde beruhte. Denn nicht sowohl das Wohl der Frau selbst, die etwa gegen ihren Leichtsinn in Schutz genommen werden sollte, war der Hauptzweck der Geschlechtstutel, sondern das Interesse der Agnaten, denen die tutela legitima über Frauen, welche freier Geburt waren, gebührte, und welche auch ihre nächsten Intestaterben waren. Indem diese durch Verweigerung ihrer Auctorität ihnen die Möglichkeit benahmen ein Testament zu machen, suchten sie hierdurch den willkürlichen Uebergang des Vermögens in fremde Familien zu hindern. Eben darin, sagt Gajus [83]), äusserte sich vorzüglich das Interesse und die Wichtigkeit der tutela legitima, quod hi (tutores) *neque ad testamentum faciendum*, neque ad res mancipi alienandas, neque ad obligationes suscipiendas *auctores fieri cogantur*, praeterquam si magna causa alienandarum rerum mancipi, obligationisque suscipiendae interveniat. *Eaque omnia* IPSORUM CAUSA *constituta sunt: ut, quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate, neque alienatis pretiosioribus rebus, susceptoque aere alieno, minus locuples ad eos hereditas perveniat.* Um daher diese lästige Agnaten-Tutel zu beseitigen, erfanden die Römischen Juristen das Mittel einer coemptio fiduciaria cum extraneo, wahrscheinlich zu Ciceros Zeiten, der sich dagegen mit Empfindlichkeit erklärte [84]). Vermöge einer solchen Coemption ward es nun einer Frauensperson möglich, ihren tutor legitimus gegen einen andern zu vertauschen, der von

83) *Institut. Lib. I.* §. 192.

84) *Orat. pro Muraena.* Cap. 12.

ihrer Wahl und Willen abhing, und daher weniger Interesse dabey hatte, ihr zur Errichtung eines Testaments seine Auctorität zu ertheilen, auch allenfalls durch Hülfe des Prätors dazu gezwungen werden konnte. Von dieser Coemptio sagt Gajus [85]):

Potest autem *coemptionem* facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam *cum extraneo.* — Quae vero alterius rei causa facit coemptionem cum extraneo, velut *tutelae evitandae causa*, dicitur *fiduciae causa* fecisse coemptionem.

Quod est tale: si qua velit, quos habet tutores, reponere, ut alium nanciscatur, *illis auctoribus* [86]) coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipata ei, cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa, incipit eum habere tutorem, a quo manumissa est, qui *tutor fiduciarius* dicitur.

Olim etiam testamenti faciendi gratia *fiduciaria* fiebat *coemptio*: tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis quibusdam personis [87]), quam si coemptionem fecissent, remancipataeque et manumissae fuissent. Sed hanc necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate Divi Hadriani Senatus remisit.

Diese fiduciaria coëmptio, welche, wie hier Gajus berichtet, schon unter Hadrian, um ein Testament

85) *Comm. I.* §. 114 115 et 115 a.

86) So hat Hollweg in der zweyten Ausgabe von Gajus (*Berolini* 1824) pag. 50. die Lücke ergänzt, wegen *Comm.* I. §. 195.

87) Von diesen Ausnahmen spricht Gajus *Comm. I.* §. 145.

zu machen, nicht mehr nöthig war [88]), bis dahin aber erst selbst von des tutoris legitimi Auctorität abhing [89]), ward in der Folge, um überhaupt der legitima tutela zu entgehen (tutelae evitandae causa), dadurch unnütz, daß der Agnaten gesetzliche Tutel über Frauen durch die *Lex Claudia* aufgehoben wurde [90]). Nach diesem Gesetz sollte nämlich eine Freygebohrne unter keinem Tutor mehr stehen, der ihr nächster Erbe war, dem also selbst gar sehr daran lag, ihr etwa das Testiren zu erschweren [91]). Durch die Lex Claudia war aber keinesweges, wie Cujaz [92]) behauptet, die Geschlechtsvormundschaft ganz aufgehoben worden. Dieß läßt sich nicht einmal bey freygebohrnen Frauen vertheidigen: sondern seit der Lex Claudia wurden alle Vormünder freygebohrner Frauen

88) S. Hugo Lehrb. der Geschichte des R. Rechts bis auf Justinian. S. 409. u. f. Not. 2.

89) Gajus *I.* §. 195. S. Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts 1. B. §. 233. S. 875.

90) Gajus I. §. 157. Sed postea *lex Claudia* lata est, quae, quod ad feminas attinet, tutelas sustulit. Itaque masculus quidem impubes fratrem puberem, aut patruum habet tutorem: feminae vero talem tutorem habere non possunt. Daß hier blos von der tutela agnatorum legitima die Rede sey, sagt Gajus *Comm. I.* §. 171. deutlicher, wo es heißt: cum *agnatorum tutelae* in feminis *lege Claudia* sublatae sint. Es ist also nicht nöthig das Wort *agnatorum* in dem §. 157. einzuschalten. S. Dirksen Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des Röm. Rechts. 3. Abh. S. 117.

91) S. Hugo Lehrb. der Gesch. des R. R. S. 565. Z. 10—15.

92) Observation. Lib. XXVI. cap. 7.

von der Obrigkeit ernannt [93]), bey den Freygelassenen hingegen blieb die tutela patronorum legitima [94]). Bey dieser blieb auch nur noch die der gesetzlichen Tutel über die Frauen sonst eigene Cession im Gebrauche, welche nun bey der Tutel freygebohrner Frauen gar nicht mehr Statt finden konnte [95]). Kaiser Constantin der Große

93) S. von Savigny Beytrag zur Geschichte der Geschlechtstutel; in der Zeitschrift 3. B. S. 344 ff.

94) Ulpian. Fragm. Tit. XI. §. 8. Feminarum autem LEGITIMAS TUTELAS *lex Claudia* sustulit, excepta *tutela patronorum.* Mit Unrecht vertheidigt Heineccius in Comm. ad L. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 11. pag. 237. die offenbar falsche Lesart *sustinet*, die schon Cujacius Observat. Lib. XXVI. cap. 7. mit Recht verwarf. S. Schulting *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 597. Not. 28. Durch Gajus ist nun vollends alles entschieden. Wegen der Ausnahme, die hier Ulpian macht, vergleiche man noch Ulp. *XIX.* 11. nach der richtigen Lesart: tutela legitima *libertae* bey Hugo iur civ. Antejust. Tom. I. pag. 53. und Gajus *Comm. I.* §. 192. et II. §. 122.

95) Es war nämlich ehemals ein mit der tutela mulierum legitima eigenthümlich verbundenes Recht, daß sie einem Andern in iure, nämlich ihrer Ausübung nach, cedirt werden konnte. Ein solcher tutor hieß *cessitius*, und die einem Andern auf solche Art cedirte Tutel *tutela cessitia.* S. Gajus *Comm. I.* §. 169. Ulp. *Fragm. XI.* §. 7. et 8. und Christ. Wilh. Küstner Diss. de tutela cessitia. *Lips.* 1745. 4. Der Grund war, weil die Weibertutel nicht so, wie die legitima tutela pupillorum, mit der Pubertät aufhörte. Daher war die Cession bey der tutela pupillorum nicht erlaubt, weil sie nicht so lästig war, wie die Agnatentutel über Frauen, die mit der Pubertät nicht wechselte, wie Gajus *Comm. I.*

stellte keineswegs die vom Kaiser Claudius aufgehobene Agnatentutel über die Weiber wieder her, wie Cujaz [96]) behauptet, auch dehnte er nicht die *Lex Claudia* auf die Patronen aus, wie Heineccius [97]) wähnt; sondern er verbot nur das Recusiren der über unmündige Frauen, auf welche die *Lex Claudia* gar nicht ging, zu übernehmenden Tutel [98]), weil die Agnaten sich,

§. 168. lehrt. Durch die Cession hörte jedoch der tutor legitimus, als solcher, nicht auf Vormund zu seyn. Denn der tutor cessitius war nur Stellvertreter desselben. Starb er daher, oder erlitte er eine capitis deminutio, oder cedirte der tutor cessitius selbst die Tutel einem Andern weiter, so fiel die Tutel an den legitimus tutor wieder zurück. Gajus *I.* §. 170. und Ulpian. *Tit. XI.* §. 7. nach Hugo Tom. I. pag. 35. Mit Aufhebung der Agnatentutel über die Frauen muste nothwendig auch die tutela cessitia wegfallen. Sie blieb nur noch bey der tutela legitima der Patronen über die libertas. Dieß ist der Sinn der Stelle Ulpians *XI.* 8. Quantum *ad adgnatos* pertinet, *hodie cessitia tutela non procedit:* quoniam permissum erat in iure cedere *tutelam feminarum* tantum, non etiam masculorum: feminarum autem legitimas tutelas *lex Claudia* sustulit: *excepta tutela patronorum.* S. von Savigny Beytrag zur Geschichte der Geschlechtstutel; in der Zeitschrift 3. B. S. 342. f. und Gans Scholien zum Gajus. S. 192. f.

96) Ad Ulp. *XI.* 8. bey Schulting c. l. Not. 28. pag. 597.

97) Comm. ab Leg. Jul. et Pap. Popp. c. l. pag. 238.

98) *L.* 2. *Cod. Theod. de tutor. et curator. creand.* (III. 17.) In feminis *tutelam legitimam* consanguineus vel patruus *non recuset.* Die Lesart bey Heineccius c. l. *vel patronus*, worauf er seine Meinung gründet, ist offenbar unrichtig. Daß sich diese Verordnung Con-

unter Berufung auf die Lex Claudia, der Tutel über unmündige Frauen gern zu entziehen suchten, wenn sie ihnen mehr zur Last, als zum Vortheil gereichte [99]). Eine solche Chikane konnte wenigstens immer damit entschuldiget werden, daß die Worte des Gesetzes, so wie sie auch Ulpian und Gajus selbst ausgedruckt haben, ganz allgemein lauteten. Auf ein Verbot dieser Chikane beschränkt

stantins blos auf unmündige Frauen bezog, wird durch folgende Constitution des K. Leo außer Zweifel gesetzt. *L. 3. C. Iust. de legitima tutela.* Constitutione divae memoriae CONSTANTINI, *lege Claudia sublata*, pro antiqui iuris auctoritate, salvo manente agnationis iure, tam consanguineus, id est, frater, quam patruus, caeterique legitimi, *ad pupillarum feminarum tutelam vocantur.* Es soll also hier nicht gesagt werden, daß Kaiser Constantin die Lex Claudia wieder aufgehoben, und den Agnaten die Tutel über die Weiber wiedergegeben habe, wie Cujacius, und gewissermassen auch *Jac.* GOTHOFREDUS ad L. 2. Cod. Theodos. de tutor. et curator. creand. Lib. III. Tit. 17. (Tom. I. *Cod. Theod.* pag. 360. edit. *Ritter.*) meinen; sondern es sollte nur kein Berufen auf die Lex Claudia Gehör finden, wenn sich ein Agnat, unter der Aegide dieses Gesetzes, auch der Tutel über eine unmündige Frauensperson, weil sie ihm vielleicht mehr lästig, als vortheilhaft war, zu entziehen suchen sollte. Es ist also wohl möglich, daß Constantin selbst, oder daß K. Leo geglaubt habe, es sey damit wirklich der lex Claudia derogirt, und das alte Recht in Rücksicht der unmündigen Frauen wieder hergestellt worden. S. die Heidelberger Jahrbücher der Literatur. Jahrgg XIV. 5. Heft. 1821. S. 477.

99) S. Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts 1. B. 2. Abth. §. 233. S. 876.

sich daher blos die Verordnung Constantins. Die Geschlechtstutel verlor sich jedoch nach und nach ganz. Hätte die Verordnung des Kaisers Theodos II.[100]) wodurch das ius liberorum allen Einwohnern des Römischen Staats gegeben wurde, keine andere Beziehung gehabt, so würde freylich schon längst vor Justinian bey jedem Weibe das Verhältniß begründet worden seyn, an welches schon die *Lex Julia et Papia Poppaea* die Befreyung von der Tutel geknüpft hatte. Allein die spätere Erwähnung dieser Tutel beweist das Gegentheil [1]). Der große Jacobus Gothofredus [2]) hat daher wohl nicht Unrecht, wenn er behauptet, Kaiser Theodosius habe durch seine Constitution nur in Beziehung auf die lex Papia decimaria den Ehegatten das ius liberorum ertheilt, so wie auch

100) *L.* 3. *Cod. Theod. de iure liberorum.* (VIII. 17.) Nemo posthaec a nobis *ius liberorum* petat, quod simul *hac lege* detulimus, oder wie es *L.* 1. *Cod. Just. de iure liberor.* (VIII. 59) heißt: OMNIBUS concedimus.

1) So gedenkt ihrer Kr HONORIUS in *L. ult. Cod. Th. de iure liberor.* (VIII. 17.) vom J. 412. und *L.* 6. *C. Th. de inoff. testam.* (II. 19.) vom J. 413. auch Kr. VALENTINIANUS *III.* in *Nov.* VALENTINIANI *Tit. IV. de Testamentis*, vom J. 446. in collect. Novellarum constitution. Impp. Justiniano anterior. *Ritter.* adj. Cod. Theod. Tom. VI. P. II. pag. 108. sq. bey HUGO in Jur. civ. Antejust. Tom. II. pag 1320. sq. wo die Constitutio VALENTINIANI III. Lib. II. Tit. 21. befindlich ist. Der Grund dieser spätern Erwähnung ist, weil die Verordnung des Kaisers Theodosius sich nur auf den Orient beschränkte. S. HEINECCIUS ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. Cap. 15. §. 11. pag. 293 sqq.

2) Commentar. in Cod. Theod. Lib. VIII. Tit. 17. ad L. 3. de iure liberor. Tom. II. pag. 680. sq.

schon vorher Kaiser Constantin der Große [3]) das ius liberorum, als gemeines Recht, in der Hinsicht allen ertheilt hatte, um den Strafen des Cölibats und der Orbität zu entgehen. Durch die Verordnung des Kaisers Theodosius sollten also Ehegatten das Recht haben, sich einander nach Gefallen zum Erben einzusetzen, und der Ueberlebende sollte das ihm Hinterlassene ganz erhalten, ohne deshalb um das ius liberorum bitten zu dürfen. Justinian nahm aber die Verordnung des Theodosius nach ihrer ganz allgemeinen Fassung in seinen Codex auf, und so verschwand auch das ius liberorum im Occident mit der Weibertutel [4]), welche daher der Compilation Justinians fremd geblieben ist. Diese kennt nur die einzige tutela pupillaris. Unter der Curatel standen ursprünglich nur Wahnsinnige und Verschwender, denn letztere wurden wie Wahnsinnige behandelt, und diese Curatel war in Ansehung der Art ihrer Bestellung nur von zweyerley Art. Eine *legitima*, welche die XII. Tafeln den Agnaten und Gentilen übertrugen, und eine *honoraria*, welche der Prätor bestellte [5]). Eine unmittelbar durch Testament bestellte Curatel, wie sie bey der Tutel der Pupillen und Weiber vorkam, gab es nicht [6]). Auch kannte man vor der Lex Plaetoria gar

3) *L. un. Cod. Theod. de infirmandis poenis coelibat. et orbitat.* (VIII. 16.) S. Gothofredus ad eand. L. Tom. II. pag. 676. sq.

4) S. Heineccius c. l. pag. 294. sq.

5) S. Ulpian *Fragm. Tit. XII.* und *Tit. Pand. de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis.* (XXVII. 10.) *L. 7. in fin. C. de testam. tut. D. eod.*

6) §. 1. *I. de Curator. L.* 16. *D. eod. L.* 7. *in fin. C. de testam. tut.*

keine cura aetatis, und bey dieser mußte nachher immer erst ein Verlangen (petere) der obrigkeitlichen Bestellung vorausgehen, welche jedoch, nach der Constitution des Kaisers Marcus, non redditis causis, erfolgen konnte [7]). Alter und Verstandes-Gebrauch waren also noch nicht die alleinigen Voraussetzungen, wodurch die juristische Selbstständigkeit einer Person, d. i. der ungestörte Zustand der äussern und innern Freyheit des Wollens und Handelns einer Person, bedingt war. So lang die Weiber-Tutel herrschte, durfte nur der nicht durch Jugend oder Geistesschwäche unfähige Mann beliebig über das Seinige schalten. Von diesem sagte man denn *neutro iure tenetur* [8]), *suae tutelae* [9]), *sui arbitrii* [10]), *suae aetatis est* [11]), *in suam tutelam et potestatem pervenit* [12]). Eben so, wie die deutschen Gesetze sagen, es sey Jemand zu seinen Jahren oder zu vogtbaren Jahren gekommen [13]). Beyde Verhält-

7) Capitolinus *in Marco. cap.* 10. S. Zimmern Gesch. des R. Privatrechts §. 237.

8) Gajus *Comm. I.* §. 142.

9) *L.* 50. *pr. D. XXXII. de legatis. L.* 9. §. 1. *XXVI.* 7. *D. de admin. et peric. tutor.*

10) *L.* 22. *D. de Ritu nuptiar.*

11) *L.* 5. §. 2. *D. de auct. tutor.* (XXVI. 8.) *L.* 27. *D. de negot. gest.* (III. 5.) *L.* 50. §. *ult. D. XXXII. de legat.*

12) *L.* 54. *D. de hered. instit. L.* 39. *D. de vulg. et pupill. substitut. L.* 50. *pr. L.* 51. *D. de legat. III.* S. Brissonius de V. S. voc. Tutela.

13) Die Stellen aus dem Sachsen- und Schwaben-Spiegel s. in Eichhorns deutscher Staats- und Rechtsgeschichte Th. 2. §. 353. Not. a. und Reichspolizeyordn. von 1577. Tit. 32. §. 1.

nisse, die tutela und curatio, hatten zwar darin eine Aehnlichkeit mit einander, daß sie als ein Recht des Vormundes, und als Analogie oder Surrogat der Gewalt des Vaters über seinen filiusfamilias, oder des Mannes über die Frau in manu, betrachtet wurden. Daher werden auch von beyden, gerade wie von dieser, die Ausdrücke potestas und manus gebraucht [14]), und nur Mannspersonen können tutores oder curatores seyn. Darin ist jedoch tutela und curatio von der potestas, in welcher sich diejenigen befinden, qui *alieno iuri* subiecti [15]), oder *in alieno iure* positi sunt [16]), sehr verschieden, daß der tutor oder curator nie durch den Pflegbefohlenen

14) Schon in dem Gesetz der XII. Tafeln heißt es: *Si furiosus existit, ast ei custos nec escit, agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque eius* POTESTAS *esto.* AUCTOR *ad* HERENNIUM *Lib. I. Cap.* 13. CICERO *de Inventione Lib. II. Cap.* 50. S. Dirksen Kritik und Herstell. des Textes der XII. Tafel-Fragmente. Kap. XI. Fr. 7. S. 369—380. CICERO *de Republica* III. 33. Quum furiosorum bona *legibus* in agnatorum POTESTATE sint. SERVIUS *L.* 1. *D. h. t.* und §. 1. *I. eod.* sagt von der Tutel, est vis ac POTESTAS; auch GELLIUS *Noct. Attic. V.* 19. Bey LIVIUS *Lib. XXXIV. Cap.* 2. wird die Tutel über Weiber eine MANUS genennt, und von CICERO *pro Muraena* Cap. 12. das Wort POTESTAS gebraucht. Die beyden letztern Stellen sind schon oben Not. 76. vorgekommen. Man sehe hier vorzüglich Dirksen Beiträge zur Kunde des Röm. Rechts. Abh. VII. Nr. III. S. 280—286. und verbinde damit die Jahrbücher der gesammten deutsch. jurist. Litteratur herausgegeben vom H. Prof. Schunck 1. B. 2. Heft. S. 198.

15) GAJUS *I.* §. 48. 49. 50.

16) *L.* 7. *pr. D. de cap. minut.*

erwirbt, daß der Tutoren und Curatoren über Denselben zugleich mehrere seyn können[17]), während nie Mehrere zugleich Denselben in der patria potestas, oder der manus haben können, und daß auch ein filiusfamilias fähig ist, tutor oder curator[18]), und letzteres sogar über seinen Vater[19]) selbst, zu werden[20]).

Was nach dem Zeugniß des Gajus[21]) bey allen Nationen als Recht galt, daß Unmündige der Tutel untergeben sind, weil es, wie dieser Röm. Jurist sagt, der Vernunft gemäß ist, daß derjenige, welcher seines Alters wegen noch nicht für sich selbst zu handeln vermag, durch die Tutel eines Andern geleitet werde; ja was nach eben diesem Zeugniß fast in allen Staaten den Vätern gestattet war, daß sie ihren unmündigen Kindern im Testament Vormünder bestellen konnten; konnte wohl nicht erst durch die XII Tafeln bey den Römern eingeführt worden seyn. Wir finden auch wirklich schon in der ältesten Zeit bey

17) *L.* 24. *D. de testam. tut.* *L.* 23. *D. de tutor. et curatorib. datis.*

18) *L.* 7. *D. de tutelis.*

19) *L.* 12. *pr. D. de tutor. et curat. dat.* *L.* 1. *D. de curatorib. furioso dand.* S. *Ant.* Fabri Jurispr. Papinian. Tit. VIII. Pr. VII. Illat. 12. pag. 329.

20) S. Hugo Lehrb. der Gesch. des R. Rechts. S. 149. der 10. Aufl.

21) *Comm. I.* §. 189. Sed impuberes quidem in tutela esse, *omnium civitatium iure* contingit: quia id naturali rationi conveniens est, ut is, qui perfectae aetatis non est, alterius tutela regatur: nec fere ulla civitas est, in qua non liceat parentibus, liberis suis impuberibus *testamento* tutorem dare: quamvis, ut supra diximus, soli cives Romani videantur tantum liberos in potestate habere.

Ihnen sehr deutliche Spuren sowohl von der Tutel als Curatel [22]). Numa befreite ja die Vestalinnen nach den Nachrichten Plutarchs [23]) von der Tutel, aus Achtung gegen die Würde des Priesterthums [24]), und gab ihnen das Recht Testamente zu machen. Es muß also gewiß schon damals die Tutel über das weibliche Geschlecht gemeines Recht gewesen seyn [25]). So war es auch wohl nicht das erste Beyspiel einer testamentarischen Tutel, welches Livius [26]) vom König Ancus Marcius erzählt, der seinen Nachfolger, Tarquinius Priscus, zum Vormund seiner Kinder, im Testament ernannte. Gleich alt ist höchst wahrscheinlich die Tutel der Agnaten über Unmündige. Sie scheint von den Lacedämoniern herzustammen, und ward vielleicht schon mit

22) S. Seger Hist. iur. Rom. de tutelis et curationib. §. 2. (in *Opuscul.* Vol. I. pag. 68—75.

23) *In Numa* Cap. X. pag. 66.

24) Diesen Grund nennt Gajus *Comm. I.* §. 145.

25) Die Not. 76. angeführten Zeugnisse aus Livius und Cicero können hier zum Beweise dienen. S. Seger cit. Diss. pag. 69. Gajus bemerkt *Commentar. I.* §. 193. bey den auswärtigen Völkern hätten sich zwar die Frauen nicht auf dieselbe Weise unter der Vormundschaft befunden, wie bey den Römern: sie wären aber doch unter einem der Vormundschaft ähnlichen Verhältniß (quasi in tutela) gestanden, und führt zum Beyspiel die lex *Bithynorum* an. Ein anderes Beyspiel von Apollonia in Lydien giebt Cicero *pro Flacco. Cap.* 29. und 30. S. auch *Ev.* Otto Diss. de tutela feminarum perpetua. Cap. I. §. 6. und von Brokdorff Institut. Commentare des Gajus. 1. B. S. 691. ff.

26) *Lib. I. cap.* 34. *in fine.*

der Aufnahme der Sabiner in Rom angenommen [27]. Solon hatte zwar geradezu verboten, daß der nächste Intestaterbe die Vormundschaft verwalte, weil dieses zu Lebensnachstellungen Anlaß geben könnte [28]; allein gerade deswegen kann die tutela legitima nicht von den Atheniensern hergeleitet werden. Lycurg hingegen führte selbst die Vormundschaft über seines verstorbenen Bruders Sohn, als nächster Intestaterbe [29], und mehrere andere Beyspiele bey Thucydides, Diodorus Siculus, Herodot, und Plutarch, welche Walch [30] anführt, lassen nicht bezweifeln, daß diese Tutel den Sitten der Lacedämonier gemäß war. Bey den Römern muste die Einführung des Census noch insonderheit dazu mitwirken, daß man das Vermögen, welches einmal in eine Familie gekommen war, darin zu erhalten suchte [31]. Daher führte man ein rein auf Familienverhältnisse gegründetes Erbrecht ein, und unterwarf Pupillen und Frauen einer beständigen Controlle ihrer künftigen Successoren, damit das Vermögen nicht in fremde Familien kommen, oder verschleudert werden möchte [32]. Eben so ist auch wohl

27) SEGER Diss. cit. §. 2. (in *Opusc.* Vol. I. pag. 68.)

28) DIOGENES LAERTIUS *Lib. I. Segm.* 56.

29) PLUTARCHUS in *Lycurgo.* AELIANUS *Variar. histor. Lib. XIII. cap.* 23. ARISTOTELES *Politicor. Lib. II. cap.* 8. JUSTINUS *histor. Philipp. Lib. III. cap.* 2.

30) Diss. de tutela extraneorum legitima, praes. BUDERO def. *Jenae* 1753. §. 5. (in *Opusc.* Tom. I.) Man vergleiche noch HEINECCII Antiquitat. Rom. Synt. Lib. I. Tit. 13. §. 4. et 5.

31) S. von Löhr über die Röm. Begriffe von Tutel und Curatel. §. 2. (im N. Magazine. S. 10 f.)

32) *L.* 1. *pr. D. de legitim. tutor.*

die Curatel über Wahnsinnige und Verschwender nicht erst durch die XII. Tafeln eingeführt worden. Nach Ulpians Zeugniß beruhet vielmehr der Ursprung der cura über einen prodigus, cui bonis interdictum est, auf einer Sitte, die älter, als die XII Tafeln ist. Denn was die XII. Tafeln darüber verordnet haben, sagt Ulpian [33]), war Anfangs moribus introductum. Es ist also keinem Zweifel unterworfen, daß die XII. Tafeln, welche von der Tutel und Curatel handeln, nur dasjenige bestätiget haben, was schon vorher Sitte war [34]).

Von der Tutel durch Ernennung der Obrigkeit in Ermangelung einer andern enthalten die Gesetze der XII. Tafeln nichts, obwohl schon Solon das Gesetz gegeben hatte: *Ἄρχων orphanorum tutelam habeto* [35]). Eine beständige Tutel über alle Angelegenheiten eines impubes oder femina fand auch wohl vor der *Lex Atilia* nicht Statt, und in diesem Sinne habe ich oben [36]) mit Herrn Geh. R. R.

33) *L.* 1. *pr. D. de curator. furioso et aliis dand.* Man verbinde damit Paulus *Sentent. Receptar.* Lib. III. Tit. 4. *A.* Schulting ad h. l. *in Jurispr. vet. Anteiust.* Not. 15. pag. 341. und Heineccius Antiquitat. Rom. iurispr. illustrant. Synt. Lib. I. Tit. 23. §. 2. Not. a. pag. 196. edit. *Haubold.*

34) *L.* 1. *pr. L.* 20. §. 1. *D. de testament. tutel.* Ulpian. *Fr. XI.* 14. Testamento quoque nominatim tutores dati *confirmantur eadem lege duodecim tabularum* his verbis: Uti legassit super pecunia tutelave rei suae (oder wie Hugo in der Rechtsgesch. S. 166. der 8. Aufl. liest: suave re) ita jus esto.

35) S. *Jul.* Pollux Lib. VIII. cap. 9. und *Sam.* Petitus Legg. Atticar. Lib. VI. Tit. 7.

36) S. 444.

von Löhr behauptet, die Weiber und Pupillen wären in Ermanglung eines tutor testamentarius oder legitimus sich selbst überlassen geblieben [37]. Daß indessen in solchen ausserordentlichen Fällen, wo selbst Gentilität nicht aushalf, für einzelne Rechtsgeschäfte den Pupillen und Weibern, die keinen andern Tutor hatten, ein Tutor von der Obrigkeit gegeben werden mußte, um solche durch seine Auctorität vollgültig zu machen, daß auch die Obrigkeit bey Unmündigen für Verwaltung des Vermögens von Amtswegen wird gesorgt haben, läßt sich wohl darum nicht bezweifeln, weil Gajus [38]) sagt, es sey schon der naturali rationi gemäß, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur. Es deutet auch gewiß auf ein hohes Alterthum hin, wenn Ulpian [39]) sagt: *Moribus* tutor datur mulieri, pupillove, qui cum tutore suo lege aut legitimo iudicio agere vult, ut auctore eo agat, — qui *praetorianus* tutor dicitur, quia a Praetore urbis dari consuevit [40]). Nicht ohne Grund läßt daher Hugo [41]) schon in dem ersten Zeitraume bis

37) S. Gajus *Comm. I.* §. 185. Ulpian. *XI.* 18. *Pr. I. de Atilian. tut.* S. *Jo. Pet. de* Ludewig Diff. iur. Rom. et German. in Attiliana tutela. *Halae* 1713. Diff. I.

38) *Commentar. I.* §. 189. Man vergleiche damit §. 6. *I. de Atilian. tut.*

39) *Fragm. Tit. XI.* §. 24.

40) Man vergl. auch Gajus *Comm. I.* §. 184. *Olim* cum legis actiones in usu erant, etiam ex illa causa tutor dabatur etc.

41) Lehrb. der Geschichte des R. R. S. 119. Z. 10—20. der 8ten oder S. 154. der 10ten Aufl.

auf die XII. Tafeln, die Ernennung der Vormünder durch die Obrigkeit zu [42]).

Aus dieser geschichtlichen Darstellung erscheint aber auch zugleich, daß die Meinung [43]), als sey die Vormundschaft ursprünglich mehr auf den Vortheil der Vormünder, als auf das Beste der Bevormundeten berechnet gewesen, ja größten Theils um jener willen eingeführt worden, sich nicht durchaus vertheidigen lasse. Mag auch die tutela legitima, als eine zu Bewahrung von Familienrechten ertheilte Gewalt über den Pflegbefohlnen, zugleich um des Vormundes willen, als nächsten Erben des Bevormundeten, angeordnet worden seyn; wie dieser Grund insonderheit bey der Geschlechtstutel von Gajus [44]) hervorgehoben wird; so war doch das Bedürfniß, welches, nach dem Zeugniß des Gajus [45]), jeder Staat frühzeitig, schon als der Vernunft gemäß, fühlte, solche Personen zu schützen und zu vertreten, die factisch oder juristisch unfähig sind, für sich selbst zu handeln, oder ihr Vermögen zu verwalten, und also deren Bestes gewiß dasjenige, was die Tutel, wie auch schon die Ableitung dieses Namens von tueri andeutet [46]), hervorrief [47]). So wenig nun

42) S. Gans Scholien z. Gajus. S. 201. ff. und Zimmern Gesch. des Röm. Privatr. §. 234.

43) S. von Löhr über die Röm. Begriffe von Tutel und Curatel. §. 1—3. (im N. Magazin I. B. S. 1—16.) und de SCHROETER de nexu tutelae et iuris succed. in bona defunctor. Spec. I. pag. 34 sqq.

44) *Comm. I.* §. 192.

45) *Comm. I.* §. 189.

46) §. 2. *I. h. t.* Appellantur tutores, quasi *tuitores* atque defensores.

47) §. 6. *I. de Atil. tut.* *L.* 10. *pr. D. de confirm. tut.* *L.* 12. *pr. D. de tutor. et curator. datis.* Von der

überhaupt zu läugnen ist, daß die Vormundschaft, sie sey eine gesetzliche, oder testamentarische, oder obrigkeitlich bestellte, für den Vormund ein Recht sey, welches ihm durch das Testament, worin er ernannt worden, oder durch das Gesetz, welches ihn zur Vormundschaft berufen hat, oder durch ein Decret der Obrigkeit gegeben wird, solche Personen zu schützen und zu vertheidigen, welche wegen ihres Alters, oder Geschlechts- oder Geistesschwäche eines fremden Schutzes und Beystandes bedürfen; weshalb auch dem Vormund in dem Römischen Recht [48]) eine vis und potestas über den Bevormundeten eingeräumt wird, welche ihm von keinem Unberufenen, oder ihm bey der Tutel Nachstehenden, selbst nicht von der Obrigkeit, beeinträchtiget werden kann [49]); so gewiß ist

Tutel, als Fürsorge des Staats zum Besten der derselben Bedürftigen sprechen auch mehrere Stellen der nicht juristischen Klassiker. Man sehe Cicero *in Verrem I. c.* 56. und Diodor. Siculus *Except. Peiresc.* ed. *Vales.* pag. 397. und Cicero *de Offic. I. c.* 25. sagt: Ut enim *tutela*, sic procuratio Reipublicae *ad utilitatem eorum*, *qui commissi sunt*, non ad eorum, quibus commissi sunt, gerenda est. S. Gans Scholien zum Gajus. 4. Schol. S. 179.

48) §. 1. *et* 2. *I. h. t. L.* 1. *pr. D. eodem.*

49) So hat z. B. der tutor legitimus kein Recht zur Tutel, wenn ein testamentarischer Tutor da ist, oder auch noch gehofft wird, wie Ulpian sagt *L.* 11. *D. de testam. tut.* Sciendum est, quamdiu testamentaria tutela speratur, legitimam cessare; und tritt die tutela legitima ein, so sagt Cicero *pro Flacco.* Cap. 34. Nihil potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate diminui. Auch die obrigkeitliche Bestellung ist ungültig, wenn ein tutor legitimus da ist, der die Tutel führt. *L.* 9. *Cod. Qui dare tutores.*

es doch aber auch, daß die Vormundschaft, selbst die tutela legitima, als eine Pflicht und Last für den Vormund betrachtet wird, die demselben zum Besten des Bevormundeten auferlegt ist, und der er sich nicht entziehen kann, wenn ihn nicht besondere Gründe entschuldigen [50]. Es ist also die Tutel eben sowohl ein Recht als eine Pflicht des Vormundes, wie sich aus der Entwickelung des römischen Begriffs noch deutlicher ergeben wird. Dieser Begriff lautet in den Institutionen [51], wie in den Pandecten [52], folgendermassen.

Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.

Paulus, aus dessen *libro XXXVIII. ad Edictum*, wo er von Vormundschaften handelt, die *L. 1. D. h. t.* genommen ist, hat diesen Begriff von Servius entlehnt. Es ist eben derjenige Servius Sulpicius Rufus, dem Cicero [53] das Lob beylegt, *in hoc uno artem* fuisse iuris, während seine Zeitgenossen, selbst Q. Mu-

50) Daher wird die Vormundschaft, sowohl die Tutel als Curatel, *L. 1. §. 4. D. de muneribus et honorib.* ein munus personale genennt. Der Ausdruck *munus* aber bezeichnet eine Last. *L. 18. D. de Verb. Signif.* Daher spricht auch die *L. 10. §. 7. D. de excusat.* von molestari, und selbst von der tutela legitima wird *pr. I. de legitima patronor. tut.* gesagt: *Ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelae* ONUS *esse debet.* Man vergl. noch *L. 5. in fin. C. de legit. tut.*

51) §. 1. *I. h. t.*

52) *L. 1. pr. D. h. t.*

53) *In Bruto. Cap. 41.*

cius Scävola, sich blos in der Ausübung des Rechts gezeigt hätten. Diese gelehrte Bildung, wodurch er die Kenntniß des Rechts eigentlich erst zur Wissenschaft erhob, verdankte er dem Studium der Dialectik, und der schönen Wissenschaften. Daher sagt Cicero: quod nunquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem, *quae doceret, rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando*, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur. Hic enim attulit hanc artem, omnium artium maximam, quasi lucem, ad ea, quae confuse ab aliis aut respondebantur, aut agebantur. *Dialecticam* mihi videris dicere, inquit. Recte, inquam, intelligis: sed adiunxit etiam et litterarum scientiam, et loquendi elegantiam, quae ex scriptis eius, quorum similia nulla sunt, facillime perspici potest. In seinen philippischen Reden [54]) hat ihm Cicero noch folgendes Denkmal errichtet. Nec vero silebitur admirabilis quaedam et incredibilis, ac paene divina eius in legibus interpretandis, aequitate explicanda, scientia. Omnes ex omni aetate, qui in hac civitate intelligentiam iuris habuerunt, si unum in locum conferantur, cum Servio Sulpicio non sunt comparandi [55]).

54) *Orat. Philipp. IX. cap.* 5.

55) S. *Ev.* Otto de vita, studiis, scriptis et honoribus Servii Sulpicii, Lemonia, Rufi, ICtor. principis. lib. sing. (Traiecti ad Rhen. 1737. 8.) und in *Thes. iuris J. R. Otton.* Tom. V. pag. 1549. sqq.) und Hugo Rechtsgeschichte. S. 629 — 632. der 8. Aufl.

Von einem so gebildeten Juristen nahm man wohl gern den Begriff einer wichtigen Rechtslehre in sein System auf. Da jedoch die Definition des Servius nur auf eine Art der Tutel, die tutela pupillorum, paßt, so kann sie wohl nicht so von Servius gegeben worden seyn, wie sie jetzt lautet, weil zu seinen Zeiten noch die andere Art der Tutel, die tutela muliebris, in lebhaftem Gebrauche war. Seger [56]) ergänzt daher nach den Worten: qui propter aetatem suam, die Worte: *eamve, quae propter sexum*, sponte se defendere nequit, etc. Fast auf eine ähnliche Art Heineccius [57]): ad tuendum eum *eamve*, qui *quaeve* per aetatem *vel sexus infirmitatem* se defendere nequit, etc, Die nun hier aus dem ältern Rechte der Definition des Servius wiedergegebenen Worte musten aber freylich weggelassen werden, weil zu Justinians Zeiten die Tutel über Weiber längst ausser Gebrauch gekommen war [58]). Man hat übrigens sowohl über den Sinn des Begriffs, als über die Lesart der Worte von jeher viel gestritten [59]).

56) Histor. iur. Rom. de tutelis et curationib. §. 3. (*Opusc.* pag. 83.)

57) Not. ad Vinnii Comment. ad Institut. ad §. 1. de tutelis, in fin. Anderer Meinung sind jedoch *Ev.* Otto in Comm. ad §. 1. I. de tutel. und Smallenburg ad *Ant.* Schultingii Notas ad Dig. Tom. IV. ad L. 1. D. h. t. Not. 3. pag. 388.

58) S. *Franc.* Hotomani Commentar. ad §. 1. I. h. t. Verb. *Qui per aetatem.* pag. 67. Schweppe Röm. Rechtsgesch. und Rechtsalterthümer. §. 420. Not. 3. und v. Löhr über die R. Begriffe von Tutel und Curat. §. 4. Not. 1. S. 17.

59) S. *Jac.* Cujacii Commentar. in Libr. XXXVIII. Pauli ad Edictum ad L. 1. D. de tutel. (*Opp. postum.* a Fabroto *editor.* Tom. II. pag. 610. sq.) *Henr.* Ernstius

Schon gleich die Worte *vis* et potestas sind streitig. Viele [60]) glauben, es müsse *ius* ac potestas gelesen werden, 1) weil Theophilus in seiner griechischen Paraphrase sagt: *ἐπιτροπή ἐστιν δίκαιόν τι καὶ ἐξουσία*: i. e. *Tutela est* IUS *aliquod et potestas;* 2) weil auch einige alte Handschriften so lesen [61]); nicht minder 3) in andern Stellen der Pandecten und des Codex [62]) die Worte ius

Variar. Observation. Lib. II. cap. 35. (in *Th. I. R. Otton.* Tom. V. pag. 1159 sq.) *Ulr.* HUBER Digression. iuris Justinian. Lib. III. Cap. 2. pag. 165—167. *Em.* MERILLIUS Observation. Lib. VIII. cap. 15. *Hug.* DONELLUS Comment. iur. civ. Lib. III. cap. 1. §. 6—11. *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. (*Opp.* Tom. II. pag. 538.) *Ev.* OTTO Vita Servii Sulpicii. Cap. VI. §. 4. (in *Thes. iur. Rom.* Tom. V. pag. 1589 sq.) besonders *Ge. Christ.* GEBAUER Progr. de Servii Sulpicii definitione tutelae. *Goetting.* 1738. (in EJUS *Exercitat. acad.* Vol. II. Ex. 26) und *Christph.* WAGNER de genuino definitionis tutelae intellectu, lib. sing. *Lipsiae* 1742. 4.

60) Ausser CONTIUS, vertheidigen diese Lesart PARDULPH. PRATEJUS Jurispr. vet. Paratitl. ad constit. Nov. CXVIII. Cap. II. Art. 2. (in *Thes. Otton.* Tom. IV. pag. 474.) *Rad.* FORNERIUS Rerum Quotidian. Lib. II. cap. 9. (in *Th. Otton.* Tom. II. pag. 169.) *Herm.* VULTEJUS Comment. ad Instit. §. 1. Tit. de Tutelis n. 2. HUGO im civilist. Magaz. IV. B. S. 8. Not. *. und in der Rechtsgesch. S. 115. Not. 1. *Aug. Guil. de* SCHROETER de nexu tutelae et iuris succedendi. Spec. I. p. 13. u. m. a.

61) So z. B. führt Charondas für diese Lesart eine alte Handschrift an, und auch eine von Iselius in seiner Ausgabe von *Ev.* OTTONIS Commentario Institution. (*Basiliae* 1750. 4.) verglichene Pariser Handschr. hat ius.

62) Z. B. *L. 1. pr. D. ad Leg. Falcid. L.* 59. *D. de Reg. iur. L. ult. C. de patria potestate.* (VIII. 47.)

und potestas mit einander verbunden würden; und 4) auch die Construction selbst diese Lesart erfordere. Denn wenn *ius in* bey den Alten vorkommt, so folge meistens der Ablativ. Dennoch halten die meisten die Lesart *vis* ac potestas für die richtigere, welche auch in der That weit wichtigere Gründe für sich hat [63]. Denn 1) werden gleich nachher sowohl in den Institutionen §. 2. *h. t.* als in der Pandectenstelle die Worte *vis ac potestas* nochmals wiederholt. Theophilus sagt hier selbst §. 2.: *οἱ τὴν εἰρημένην δύναμίν τε καὶ ἐξουσίαν ἔχοντες*, i. e. *qui dictam vim ac potestatem habent.* Sicher stand also in dem Institutionen-Exemplar, dessen sich Theophilus bediente, das Wort *vis* so gut, wie wir es noch jetzt lesen. Denn wie hätte er sonst die Worte *eam vim* im §. 2. durch *εἰρημένιν δύναμίν*, *dictam vim*, paraphrasiren können? Er erklärte aber das Wort vis durch *ius*, *δίκαιόν*, und so wurde es von seinen Schülern nachgeschrieben, aus deren nachgeschriebenen Heften wir, wie bekannt, die griechische Paraphrase des Theophilus erhalten haben. Wir haben also hier nicht nöthig mit Gebauer einen, wegen der Verwandtschaft der Worte *δύναμίς* und *δίκαιὸν*, etwa möglichen Fehler der Abschreiber anzunehmen. Die Richtigkeit des Lesart *vis* bestärken aber noch vorzüglich 2) die Basiliken [64]. Hier heißt es: *Ἐπιτροπή ἐστιν δύναμίς τις καὶ ἐξουσία κατὰ κεφαλῆς ἐλευθέρας*: *Tutela* est *vis* et potestas *in caput liberum.* Ist nun auch ein späterer griechischer Jurist, Constantinus Har-

63) S. *Jo. Guil.* Hoffmann Observation. var. s. Meletemat. ad Pand. Diss. XXIII. §. 1. Gebauer Progr. cit. *Jo. Ortw.* Westenberg Dig. h. t. §. 5. Janus a Costa, Muretus, Marcilius, *Ev.* Otto, und *Em.* Merillius Comm. ad Inst. Besonders Wagner cit. lib. §. 5 et 6.

64) *T. IV. Lib. XXXVII. Tit.* 1. *Const.* 1. *pag.* 826.

menopulus [65]), der Erklärung des Theophilus vielleicht lieber, als den Basiliken gefolgt, so darf uns dieses nicht irre machen. Denn Harmenopulus erlaubte sich in seinem Buche Manches um der Deutlichkeit willen. Er sagt selbst in der Präfation nach der Ausgabe von Reitz [66]): *is, quem novissime composuimus, liber et ad confirmationem bene institutorum, et ad faciliorem eorumdem intelligentiam* (ευχερειαν της αυτων γνωσεως) *comparatus est.* Endlich 3) werden auch die Worte *vis ac potestas* in den Gesetzen unsers Corporis iuris gewiß eben so häufig, ja noch häufiger, als jene *ius et potestas*, mit einander verbunden [67]). So wäre nun zwar wohl die Lesart *vis ac potestas* über allen Zweifel erhoben. Fragt man aber nach der Bedeutung dieser Worte; so sind auch hier wieder die Meinungen der Ausleger sehr verschieden. Es würde in der That Papier und Zeit verschwendet seyn, wenn man sich bey Anführung und Prüfung dieser zum Theil abgeschmakter Meinungen aufhalten wollte, zumal da dieses auch schon von Cujaz [68]), Gebauer [69]),

65) In Προχείρῳ s. *Manuali Legum.* Lib. V. Tit. 11. (*Supplem. Thes. Meerman.* pag. 324.)

66) S. in Supplemento novi Thes. Meerman. *Praefat.* Reitzii pag. IX.

67) §. 3. *I. de Interdict. L.* 17. *D. de Legib. L.* 1. *D. de noxal. act. L.* 59. *D. de Reg. iur. L.* 7. *Cod. de Codicill.* (VI. 36.) Eben so bey den Römischen Classikern. Tacitus *Hist. Lib. II. cap.* 39. *Lib. III. cap.* 11. Cicero *de Orat. cap.* 19. Seneca *de Benef. Lib. II. cap.* 34. Gellius *Noct. Attic. Lib. XII. cap.* 1. Sogar in der H. Schrift neuen Testaments werden die Worte ἐξουσία καὶ δυναμις häufig mit einander verbunden. Lucae *IV. v.* 36. Matthaei *X. v.* 28. Lucae *XII. v.* 5.

68) Cit. Comm. ad L. 1. D. h. t.

69) Cit. Progr.

und Wagner[70]) geschehen ist. Die richtigere Meinung, worin auch die meisten[71]) übereinstimmen, ist ohnstreitig die, daß beyde Ausdrücke *vis ac potestas* gleichviel bedeuten, und, nach der Gewohnheit der Römer und Griechen, um des grössern Nachdrucks willen, mit einander verbunden worden sind. Beyde Wörter sollen also die Art der Gewalt bezeichnen, welche dem Vormund über den Mündel regelmässig zusteht, und die Theophilus sehr richtig für eine Art von Recht (*δίκαιον τι*) erklärt, welche eben darum potestas[72]) genennt wird, weil sie eine der Familiengewalt ähnliche Gewalt, ja das Surrogat der väterlichen Gewalt ist[73]), mit welcher sie sogar gewissermassen die Einheit der Person gemein hat, aber darin unterschieden ist, daß sie nicht, wie die väterliche Gewalt, dem Tutor Vortheile giebt[74]), sondern blos zum Schutz dient, ohne daß der

70) Cit. lib. sing. §. VII. et VIII.

71) *Ger.* Noodt c. l. *Franc.* Broeus, Vinnius, Muretus, und *Ev.* Otto in Comm. ad §. 1. I. h. t. Walch ad *Hoppii* Comm. eod. l. pag. 143. not. a. Westenberg Dig. c. l. Gebauer Pr. cit. Wagner cit. lib. §. 8. Seger Opuscul. pag. 83. Schweppe Röm. Rechtsgeschichte u. Rechtsalterthüm. §. 420. S. 608. Not. 3. u. a.

72) *Ev.* Otto in Comm. ad §. 1. I. h. t. meint daher, das Wort vis werde durch potestas erklärt, und das *ac* werde hier für id est, gebraucht. Man sehe auch Donellus Commentarior. iur. civ. Lib. III. cap. 1. §. 7. (edit. *Norimberg.* 1808. 8.) und Smallenburg ad *Ant.* Schulting Not. ad Dig. s. Pandect. Tom. IV. pag. 387. Not. 1. Westenberg Dig. h. t. §. 5. sagt: *Vis ac potestas* est facultas et ius pro auctoritate quid faciendi. Gellius *Noct. Attic. Lib. V. cap.* 19. auctoritas potestasque in pupillum.

73) Plato *de LL. lib. XI.* sagt: *ὄυ πολὺ διαφέρον ἤ παρ ἡμῖν ορφανία κέκτηται τῆς πατρονομικης*: Pupillaris

Mündel dadurch alieni iuris und capite deminuirt wird [75]). Daher fügt Servius, um diese Gewalt näher zu bezeichnen, hinzu: *in capite libero*. Auch über diese Worte ist viel gestritten. Denn auf wen sollen sie gehen? Hier theilen sich die Meinungen. Einige verstehen sie von dem Vormunde, andere von dem Pupillen. Jene [76]) meinen, es solle dadurch angezeigt werden, daß der Vormund ein freier Mensch seyn müsse, wie die Röm. Gesetze [77]) ausdrücklich erfordern. Es lehrten dieses auch die folgenden Worte: *ad tuendum eum* etc., diese giengen erst auf den Pupillen, welchen die Definition von dem caput liberum genau unterscheide. Sollten die Worte *in capite libero* den Pupillen bezeichnen, so hätte es heissen müssen: in capite libero *sui iuris*. Denn wer unter der Tutel stehen soll, müsse nicht nur frey, sondern auch sui iuris, d. h. der väterlichen Gewalt nicht unterworfen seyn. Es könnte auch nicht *in capite libero*, sondern es müßte *in caput liberum* heissen, wenn diese Worte auf den Pupillen gehen sollten. Endlich hätte man auch dann nicht sagen können *ad tuendum* EUM, sondern ad tuendum ID sc. *caput liberum*. Solcher Fehler wider die Grammatik habe man nicht nöthig den Servius zu beschuldigen, wenn man die Worte *in capite libero* von dem Vormund verstehe. Denn beym Tutor sey es schon genug, wenn er die libertas iuris gentium habe, d. h. nur kein Sklave sey, er möge übrigens ein filiusfamilias, oder homo sui iuris seyn [78]). Diejenigen [79]) hingegen, welche die

aetas non multo diversam apud nos sortem a patria gubernatione obtinet. S. Zimmern Gesch. des R. Privatrechts 1. Th. §. 232. Not. 4. S. 862.

74) Huber Digression. Just. Lib. III. Cap. 1. §. 3. p. 164.

75) Schweppe a. a. O. §. 420.

76) Bartolus ad L. 1. D. de Tutelis. *Jul.* Pacius Analys. Institut. ad §. 1. de Tutelis. *Franc.* de Amaya Observation. Lib. I. cap. 7. nr. 3. sq. *Hug.* Donellus c. l. §. 8. *Car. Frid.* Walch ad *Hoppii* Comment. ad §. 1. I. de tut. Not b. pag. 143 u. a.

77) *L.* 22. *D. de testam. tut. L.* 7. *Cod. Qui dare tutor.*

78) Auch ein filiusfamilias mancipatus, antequam manumittatur, werde *caput liberum* genannt. Ulpian. *Fragm. Tit. XI.* §. 5.

Worte *in capite libero* von dem Pupillen erklären, haben 1) die Auctorität des Theophilus und der Basiliken für sich, beyde haben κατὰ ἐλευθέρας κεφαλῆς, *in caput liberum* [80]). 2) In der Definition der Tutel könne vom Tutor selbst darum keine Rede gewesen seyn, weil erst nachher §. 2. *J. h. t.* gesagt werde: *Tutores* autem sunt, *qui eam vim ac potestatem habent.* 3) Daß das caput liberum *sui iuris* seyn müsse, wäre nicht mehr nöthig gewesen hinzuzufügen, weil schon vorher *Pr. J. h. t.* überhaupt sey gesagt worden, es könnten nur blos diejenigen der Tutel oder Curatel unterworfen seyn, welche in keiner *potestas* sich befinden. Endlich 4) sey auch der Ablativ bey potestas gar nicht ungewöhnlich, und man habe auch nicht nöthig mit Fabrot [81]) einen Archaismus anzunehmen, weil diese Construction nicht nur in den XII. Tafeln bey der Curatel der Wahnsinnigen [82]), und in der Formel der Arrogation bey Gellius [83]) vorkomme; sondern auch in vielen Stellen der Pandecten [84]) der Ablativ statt des Accusativs ge-

79) Huber Digress. Just. Lib. III. cap. 2. §. 2. Gebauer cit. Progr. und Wagner lib. sing. §. IX. et X.

80) Man erkennt daraus abermahls den Werth der griechischen Hülfsmittel bey der Interpretation. S. Degen's Bemerkungen über die Institutionen-Paraphrase des griech. Rechtslehrers Theophilus. (Lüneb. 1809.) V. Abschn. S. 52.

81) In der Reitzischen Ausgabe der Paraphrase des Theophilus Tom. 1. pag. 136. Not. f.

82) Auctor *ad* Herennium *Lib. I. cap.* 13. Cicero *de inventione II.* 50.

83) *Noct. Atticar. Lib. V. cap.* 19. *Velitis iubeatis, Quirites, uti Lucius Valerius Lucio Titio tam iure Legeque filius sibi siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset, utique ei vitae necisque* IN EO *potestas siet, uti patri* ENDO FILIO *est.*

84) *L.* 12. *D. Qui testam. fac. poss. L.* 51. §. 1. *D. Fam. ercisc. L.* 4. §. 2. *D. Fin. reg. L.* 65. §. 5. *D. Pro Socio. L.* 85. *D. de Legat. III. L.* 32. *D. de lib. caus. L.* 8. *D. de pollicitat.* S. Vossii Art. Grammat. VII. 65. und Brissonii Παρεργων lib. sing. adj. Operi de Verb. Signif. Nr. LXXIII.

braucht werde. Daß diese Gründe überwiegend sind, ist wohl ausser Zweifel. Die meisten sind daher auch darin einverstanden, daß die Worte *in capite libero* nicht das Subject, dem die potestas zusteht, sondern vielmehr dasjenige bezeichne, welches sich in der potestas befindet, also den Mündel. Allein warum sagt denn nun Servius nicht geradezu in pupillo? So hätte die Justinianeische Gesetzcommission, wenn einmal der Begriff umzuändern war, allerdings interpoliren können. Allein nicht Servius. Denn Servius wollte einen ganz allgemeinen Begriff von der Tutel geben. Er sollte sich, wie höchst wahrscheinlich ist [85]), nicht blos auf die Tutel der Pupillen beschränken, sondern auch die Weiber-Tutel umfassen. Servius mußte also, um das genus tutelae zu bezeichnen 1) einen Ausdruck gebrauchen, der auf beyde paßte, und welcher war wohl schicklicher, als die potestas *in capite libero?* Denn *caput liberum* heißt hier, nach der richtigen Erklärung [86]), nichts anders, als homo sui iuris, also nicht blos eine persona libera, denn sonst würde die Deportation des Pfleglings die Tutel nicht endigen [87]), sondern eine solche Person, welche Civität und Familienrecht hat [88]). Die Bezeichnung der potestas durch *in capite libero* war aber auch 2) darum nöthig, um die potestas des Tutors über die bevormundete Person von

85) S. Not. 56. 57 und 58. *Ger.* Noodt in Comm. ad Dig. h. t. pag. 538. führt jedoch eine Stelle von dem vetus Interpres des Persius Flaccus, ad versum: *magni pupille Pericli*, *Satir. IV.* v. 3. an, welche so lautet: *Tutores dicunt pupillos suos*, *quorum tutelam gerunt: quod* TUTELA *sit potestas* IN PUPILLOS, *auctore* Servio Sulpicio.

86) S. *Guil.* Maranus Paratitl. ad Pandect. h. t. *Franc.* Balduinus Comm. ad §. 1. I. h. t. *Ant.* Faber Jurisprud. Papinian. Tit. XII. Pr. 1. *Ev.* Otto Vita Servii Sulpic. Cap. VI. §. 4. (in *Thes. iur. Rom.* Tom. V. pag. 1589.) Wagner lib. sing. §. X. und Schweppe Röm. Rechtsgesch. u. Rechtsalterthümer. §. 420. Not. 3.

87) *L.* 14. *D. de tutelis.*

88) Cicero *in Verrem. Lib. II. cap.* 32. Gellius *N. A. Lib. V. cap.* 19. Ulpian. *L.* 195. §. 2. *D. de Verb. Signif. L.* 239. *D. eodem.*

der potestas des Vaters über seine Kinder, und der eines Herrn über seine Sklaven zu unterscheiden, zugleich aber auch die Würde und Wichtigkeit der Tutel dadurch anzudeuten, welche dem Vormund eine potestas über eine caput liberum giebt, über welches sonst nur dem Vater, oder dem Magistrate eine Gewalt zukommt [89]). Hierdurch wird also nochmals der Satz bestätigt, daß nur solche Personen in der Tutel seyn können, die sui iuris sind, also weder filiifamilias noch servi.

Wenn es nun in der Definition weiter heißt: *ad tuendum eum, qui propter oetatem suam sponte se defendere nequit*, so soll dadurch der wesentliche Zweck der Tutel ausgedrückt werden. Man hat geglaubt, wenn diese Worte auf caput liberum gehen sollten, so hätte nach grammatischer Construction gesagt werden müssen ad tuendum *id*; und hat davon einen Grund für die Meinung hergenommen, daß das caput liberum der Tutor sey. Allein schon Cornel. van Bynkershök [90]) hat bemerkt, daß die Worte: *ad tuendum eum,* nicht auf caput liberum, sondern auf das Nachfolgende sich beziehen, *qui propter oetatem se defendere nequit*, so daß man also hier gar nicht nöthig hat mit vielen eine grammatische Figur anzunehmen, die man *Synthesis* oder *συνεσις* zu nennen pflegt [91]). Der Zweck aller Tutel ist nun also Schutz und Vertheidigung der Unmündigen. Denn es werden hier die Ausdrücke tueri und defendere als gleichbedeutend gebraucht. Von diesem Zweck haben auch die Tutoren ihren Namen erhalten. Appellantur enim tutores, sagt Justinian [92]) quasi *tuitores* atque *defensores*, sicut aeditui dicuntur, qui aedes tuentur.

89) S. *Ant.* Faber c. l. und *Pet. de* Toullieu Collectan. edita a *Jo.* Wolbers (*Groening.* 1737.) Diss. VIII. Mantiss. §. 5 et 6. pag. 280. sq.

90) Observation. iuris Rom. Lib. VIII. cap. 9. Eben dieses hatte auch schon Huber in Digress. Justin. Lib. III. cap. 2. § 3. pag. 166. bemerkt.

91) S. *Ant.* Matthaei Comm. ad Institut. h. t. nr. 8. pag. 404. *Ger.* Noodt Observat. Lib. I. cap. 4. in fin. Gebauer cit. Progr. und *Jo. Bernh.* Koehler Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. I. cap. 4. pag. 25.

92) §. 2. *I. h. t.*

STAATSBIBLIOTHEK BAMBERG

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Mühlenbruch, Christian Friedrich, 1785-1843 / Fein, Eduard

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

Bd.: 28,2

Erlangen 1827

Bamberg, Staatsbibliothek -- Coll.leg.o.101(28#2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11439074-9
VD18 10657126-002